



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

미국 행정법상 ‘손해 없는 하자 원칙
(harmless error rule)’에 관한 연구
— 행정절차상 하자 이론과 관련하여 —

2018년 2월

서울대학교 대학원
법학과 행정법전공
강 정 연

미국 행정법상 ‘손해 없는 하자 원칙 (harmless error rule)’에 관한 연구

— 행정절차상 하자 이론과 관련하여 —

지도교수 이 원 우

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2017년 10월

서울대학교 대학원

법학과 행정법전공

강 정 연

강정연의 석사 학위논문을 인준함

2017년 12월

위 원 장 _____ (인)

부 위 원 장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

현행 행정절차법에는 행정절차하자만으로 당해 행정행위를 취소할 수 있는지에 관하여 명시적 규정이 없다. 그렇기 때문에 절차상 하자가 있는 행정행위의 효력에 관하여 국내 학자들 사이에 견해의 대립이 있다. 이것은 법령에서 명시적으로 행정절차의 하자의 효과에 관하여 규정하고 있는 독일에서의 논의에서 비롯되었다.

우리나라의 대다수 학설은 행정절차하자가 독자적인 위법성 요소가 될 수 있는지에 관한 독일의 학설 대립에 관하여는 자세히 설명하고 있다. 반면 대부분의 학자들은 미국의 경우 적법절차원칙을 중시하기 때문에 행정절차의 하자만을 이유로 행정행위의 위법성을 인정한다는 취지로 간단히 소개하고 있다. 그러나 미국법원은 ‘손해 없는 하자 원칙(harmless error rule)’을 적용하여 사소한 행정절차하자가 있는 경우에는 손해가 발생하지 않았음을 이유로 원고적격을 인정하지 않거나 본안 판단 과정에서 그 위법성을 부인한다. 이 경우 미국법원은 주로 행정절차의 하자로 인하여 당사자가 그 절차에 참여할 권리를 침해받았는지 여부를 손해 발생의 기준으로 삼는다.

우리법원은 절차하자만을 이유로 행정행위의 위법성을 인정하기는 하나 행정절차의 하자가 있는 경우라도 위법성을 부인한 판결도 존재한다. 우리법원은 각 사안의 구체적인 사정 및 행정절차의 종류 등에 따라 유연하게 행정절차 하자의 위법성에 대하여 판단하였고 일부 판결은 당사자가 행정절차에 참여할 권리를 침해받았는지를 위법성 판단의 요소로 삼았다. 이는 손해 없는 하자 원칙을 적용한 미국 판결과 유사하다.

그러나 현행 법령에 행정절차 하자에 관한 효과가 규정되어 있지 아니하므로 우리법원으로서 미국법상 손해 없는 하자 원칙과 같은 일정한 기준을 세워 이를 보충하는 것이 필요하다고 보인다.

주요어 : 행정절차하자, 손해 없는 하자 원칙, harmless error, 행정절차참여권

학 번 : 2008-23112

목 차

국문초록

제1장 서 론	1
제1절 연구의 목적	1
제2장 미국행정법상 손해 없는 하자 원칙(harmless error rule)	4
제1절 미국법상 손해 없는 하자 원칙의 전개	4
I. 손해 없는 하자 원칙의 유래	4
II. 손해 없는 하자 원칙의 의의	5
III. 손해 없는 하자(harmless error) 원칙에 관한 주요 판례	5
1. 파머 대 호프만 판결(Palmer v. Hoffman)	5
2. 코테아코스 대 미연방합중국 판결(Kotteakos v. United States)	6
3. 챔프먼 대 캘리포니아 사건(Chapman v. California)	7
제2절 미국 행정법상 손해 없는 하자(harmless error rule) 원칙의 적용	8
I. 미국법상 행정절차의 하자	8
1. 국내에 소개된 일반적인 논의	8
2. 손해 없는 하자 원칙 및 새로운 접근 방식에 고찰 필요성	10
II. 미국행정절차법 제706조	10
1. 미국 행정절차법 제706조	10
2. 신세키 대 샌더스(Shinseki v. Sanders) 판결	12
III. 신세키 대 샌더스 판결의 시사점	15
제3장 손해 없는 하자 원칙과 사법심사방법	17
제1절 개관	17
제2절 원고적격과 손해 없는 하자 원칙	18
I. 원고적격	18
1. 원고적격의 의의	18
2. 미국에서의 원고적격 논의	19

II. 원고적격과 행정행위의 절차상 하자	20
1. 절차피해 원칙(procedural injury doctrine)과 원고적격	20
2. 손해 없는 하자 원칙과 절차피해원칙의 구분	21
III. 절차피해 원칙과 심사 강도	22
1. 손해 발생 여부 판단에 있어서의 심사강도	22
2. 절차피해 원칙에서의 심사강도의 의의	23
3. 미국 판례의 경향	25
4. 개연성 심사와 관련된 판결	25
VI. 소결론	30
제3절 처분의 적법성 판단에서의 손해 없는 하자 원칙	31
I. 손해 없는 하자 원칙에서 손해발생에 관한 입증책임의 주체	31
1. 통상적인 행정사건의 경우	31
2. 중대한 절차 위반의 경우	31
3. 입증책임 전환의 취지	32
4. 손해 없는 하자 원칙에 관한 심사방법(test)	33
II. 결과에 근거한 심사방법(Outcome Based Test)	34
1. 의의	34
2. 원고가 입증책임을 지는 경우	34
3. 행정청이 입증책임을 지는 경우	35
III. 기록에 근거한 심사방법(Record Based Test)	36
1. 의의	36
2. 당사자가 입증책임을 지는 경우	36
3. 행정청이 입증책임을 부담하는 경우	38
IV. 하자와 결과가 명백히 관련이 없을 것을 요한 예외적 판결	40
1. 브래니프 항공사 대 민간항공위원회(Braniff Airways v. Civil Aeronautics Board) 판결	40
2. 판례의 검토	41
V. 기여에 근거한 심사방법(Contribution-Based Standard)	41
1. 실체적 하자와 절차적 하자의 구분	42
2. 기여에 근거한 심사방법의 의의와 특징	42

VI. 소결론	47
제4장 우리법상 절차상 하자 있는 행정행위의 효과와 손해 없는	
하자 원칙의 시사점	49
제1절 행정절차 및 그 하자의 의미	49
I. 행정절차의 개념	49
II. 행정절차 및 절차적 통제에 의의	49
III. 행정절차 하자의 위법성 인정에 관한 논의	50
1. 논의의 출발	50
2. 독일법 상의 행정절차 하자에 관한 논의	50
3. 현대 사회에서의 행정절차 하자의 의의	52
제2절 국내 학설	52
I. 소극설	52
II. 절충설	53
III. 적극설	53
IV. 유형별 고찰설	54
제3절 우리나라 판례에 관한 분석	55
I. 판례 분석의 방법	55
II. 사전통지 및 청문절차 등의 하자가 있는 경우	55
1. 사전통지	55
2. 청문	56
3. 개별법령상의 공람·공고, 사전통지 등	57
4. 절차상 위법을 이유로 취소한 사례	58
5. 적법하다고 판단한 사례	61
6. 검토	61
II. 이유제시 절차의 하자가 있는 경우	62
1. 이유제시의 의의	62
2. 이유제시 위법을 이유로 취소한 사례	63
3. 적법하다고 판단한 사례	65
4. 검토	67

III. 처분기간을 준수하지 않은 경우	68
1. 처분기간의 의의	68
2. 처분기간을 초과하였으나 적법하다고 판단한 사례	69
3. 검토	70
IV. 환경영향평가 상의 하자	70
1. 환경영향평가의 의의	71
2. 환경영향평가법 규정	71
3. 환경영향평가의 내용의 하자가 있는 경우	72
4. 환경영향평가의 절차상 하자가 있는 경우	73
5. 검토	74
V. 손해 없는 하자 원칙과 우리판례에 관한 분석	75
 제5장 결어	 78
 참고문헌	 80
 Abstract	 84

제1장 서론

제1절 연구의 목적

얼마 전 월성 원자력발전소 1호기(이하 ‘월성1호기’라 한다) 인근 주민들이 원자력안전위원회를 상대로 월성1호기에 관한 2022. 11. 20.까지 10년간의 수명연장을 위한 운영변경허가 처분이 무효이거나 취소임을 주장하며 소송을 제기하였다. 이에 서울행정법원은 원자력안전위원회가 월성1호기 계속운전을 위한 운영변경허가 처분을 취소하는 판결(서울행정법원 2017. 2. 7. 선고 2015구합5856 판결)을 선고하였는데 그 주된 사유는 행정청이 관련 법상의 절차를 위반하였다는 것이다. 계속운전을 위한 운영변경허가 심의의결에 필요한 비교표가 제출되지 않았고, 운영변경허가사항에 대하여 적법한 심의 및 의결을 하지 않았으며, 원자력안전위원회법상 결격사유가 있는 위원이 심의 및 의결에 참여하였고, 계속운전을 위한 안전성평가에 원자력안전법령이 요구하는 최신 기술기준을 적용하지 않았다는 것이 그 이유이다.

반면 새만금간척종합개발사업 및 4대강과 관련된 소송에서 대법원은 환경영향평가법령에서 정한 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 그러한 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 승인 등 처분을 하였다면 그 처분은 위법하다 할 것이나, 그러한 절차를 거쳤다면, 비록 그 환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도, 그 부실의 정도가 환경영향평가 제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상, 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 됨에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니라고 판단하였다(대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결 등).

현행 행정절차법은 행정행위의 절차 전반에 대하여 규율하고 있음에도 행정절차상의 하자가 있는 경우 그 하자만을 이유로 당해 행정행위를 취소할 수 있는지에 대하여는 규정하고 있지 않다. 위 사례들과 같이 사회전반에 중

대한 영향을 끼치는 행정행위의 경우 실체적 흠결 존부와 관계 없이 절차적 흠결을 이유로 그 행정행위가 위법하다고 판단하는 것이 타당한 것일까? 행정행위에는 단계에 따라 다양한 종류의 행정절차를 거칠 것이 요구되는 것인데 행정절차의 흠결이 있는 경우(특히 사소한 흠결의 경우)에 행정행위를 무효화하거나 취소하는 것이 가능한지 문제가 된다.

본래 이와 같은 행정절차의 하자가 당해 행정행위의 독자적 위법사유가 될 수 있는 지는 독일에서 그 논의가 시작되었다. 특히 기속행위의 경우 행정행위를 취소한 이후에도 다시 동일한 절차를 거쳐 동일한 이유를 원인으로 행정행위를 하게 되면 같은 행위를 반복하게 되는데, 위와 같은 행정행위의 취소는 소송경제에 반하는 것이므로 행정절차 하자가 독립적인 취소사유가 되는 것은 행정능률성 해친다는 것이 그 논의의 시발점이다.¹⁾

한편 헌법상 적법절차 원칙 및 행정절차의 가장 본질적인 목적은 행정결정에 국민을 참여시킨다는데 있으므로 행정절차는 민주주의의 실현수단이 될 수 있다. 또한 현대 사회에 있어 행정이 다양화, 복잡화, 전문화, 기술화 되어감에 따라 실체적 내용의 적법여부 판단이 어려운 경우가 늘어나고 있어 절차적 통제의 중요성이 대두되고 있다. 이러한 행정절차의 중요성에 비추어 행정절차상의 하자를 이유로 행정행위의 위법성을 인정하지 않는다면 행정청으로 하여금 절차를 경시하게 하여 국민의 절차참여권을 무시하게 되는 효과가 발생하게 된다. 따라서 이러한 행정절차 하자의 중요성에 비추어 볼 때 어떠한 경우에 행정절차 하자의 독자적 위법성을 인정해야 하는 지 논의의 필요성이 있다.

제 2 절 연구의 방법 및 범위

1) 뒤에서 보는 바와 같이 개정 전의 독일법에서 행정절차 하자가 있는 경우 “다른 내용의 결정이 행해질 수 없었으리라고 인정되는 경우”에 그 폐지를 청구할 수 없다고 되어 있었는데, 이에 대하여 위 문구가 어떤 경우를 의미하는지(기속행위만을 의미하는지)에 관한 학설대립이 있었다.

행정절차 하자과 당해 행정행위의 취소가능성과 관련하여 독일에서 그 논의가 시작되었고 국내에서도 독일, 프랑스 등 유럽과 일본, 대한민국에 대한 논의가 주를 이루고 있다. 많은 문헌에서 미국의 경우 적법절차 원칙을 중시하기 때문에 행정행위의 절차 하자만을 이유로도 그 위법성을 인정한다고 소개하고 있다.

그러나 미국은 영미법에서 비롯된 ‘harmless error rule’(이하 ‘손해 없는 하자 원칙’이라 한다)이 지배하고 있고 미국 행정절차법에서도 이와 관련된 사항을 규정하고 있다. 또한 미국법원도 실체적 권리에 영향이 없는 사소한 하자의 경우 손해 없는 하자에 해당함을 이유로 본안 전 판단에서 이를 주장하는 자의 원고 적격을 인정하지 않거나 본안에서 행정행위에 대한 취소 청구를 기각하고 있다.

따라서 이 논문에서는 미국법상 손해 없는 하자 원칙의 역사적 발전 대하여 소개하고 위 원칙이 미국 행정법 영역에서는 어떻게 적용되는지, 손해 없는 하자에 관한 심사방법은 무엇이고 손해에 관한 입증책임은 누구에게 있는지 미국 대법원, 항소법원 판례를 중심으로 논의하고자 한다.

이와 더불어 절차상 하자 있는 행정행위의 효과에 대한 국내학설 및 판례를 검토하고 손해 없는 하자 원칙의 시사점에 관하여 논의해보도록 하겠다.

제2장 미국행정법상 손해 없는 하자 원칙(harmless error rule)

제1절 미국법상 손해 없는 하자 원칙의 전개

I. 손해 없는 하자 원칙의 유래

이 원칙은 영국법에서 유래하여 미국법에 도입되었는데, 도입 초기에는 주로 상급심이 하급심을 판단하는 데에 쓰였다. 당시에는 민사와 형사 재판에 하자가 있는 경우 그 하자로 인하여 손해가 발생하였다고 추정하였고, 하자가 존재하면 상급심은 하급심 판결을 파기할 수 있었다.²⁾

그러나 1919년 구 사법법전(Judicial Code) 269조³⁾가 미의회에서 통과되었는데 위 조항에서 상급법원은 실체적인 권리를 침해하는 하자가 있는 경우에만 하급심 판결을 파기할 수 있다고 규정하였다. 하자가 있다고 주장하는 사람이 그 하자로 인하여 실체적 권리에 영향을 입었는지(어떠한 손해가 발생하였는지) 입증해야 하게 된 것이다. 이로서 영국법의 전통을 넘어섰다고 볼 수 있다.⁴⁾ 그러나 위 법률에 ‘실체적 권리에 영향을 미쳤는지’에 대한 구

2) *Deery v. Cray*, 72 U.S.(5Wall)에서는 손해 없는 원칙에 대하여 언급하면서 (하자 있는 판결을 유지하기 위해서는) 그 하자가 당사자의 권리에 침해를 입히지 않았음을 의심할 여지없이 입증되어야 한다는 취지로 판시하였다, Craig Smith, Taking "Due account" of the APA's Prejudicial Error, 96 Va. L. Rev. 1727 2010, 1732면, 이상도, 법률영한사전, (주) 청림출판, 1998.

3) ‘민사 또는 형사를 포함하여 모든 사례에서 기술적 하자, 결함 또는 당사자의 실체적인 권리를 해하지 않는 예외를 불문하고 전체 기록을 검토한 이후 판단을 내리라고("in any case, civil or criminal, [to] give judgment after an examination of the entire record before the court, without regard to technical errors, defects, or exceptions which do not affect the substantial rights of the parties.") 규정하였다.

4) Sam Kamin, Harmless Error and Rights/Remedies Split, 88 Va. L. Rev. 1, 2002, 9면-11면.

체적인 기준이 명확히 제시되어 있지는 않았다.

II. 손해 없는 하자 원칙의 의의

손해 없는 하자 원칙은 당사자의 권리에 영향이 없어 손해를 발생시키지 않는 사소한 하자를 이유로는 하급심 판결을 파기하거나 행정행위를 취소하지 말아야 한다는 원칙이다. 위 원칙은 동일한 소송 또는 행정행위를 반복하여 자원을 낭비하는 것을 막음과 동시에 국민의 권리 구제에 이바지 하게 하는 것을 목표로 한다.

다만 뒤에서 보는 바와 같이 하자의 종류 및 법률 위반의 심각성, 하자가 발생한 상황의 다양성으로 인하여 손해가 발생하였는지 여부는 각 사례의 특수성에 비추어 유연하게 판단되어야 한다. 이처럼 하자로 인한 손해 발생 여부 판단에 관한 일반화가 매우 어렵기 때문에 그 판단이 주관화 될 우려가 있다.

III. 손해 없는 하자(harmless error) 원칙에 관한 주요 판례

1. 파머 대 호프만 판결(Palmer v. Hoffman⁵⁾)

1943년에 선고된 민사 분야의 대표적인 판례이다. 이 판결에서 대법원은 사실심 판사의 결정(action)에 하자가 있는 경우 당해 판결을 파기할 수 있는지에 관하여 판단하였다.

이 사건의 원고는 부인과 함께 철도를 건너다가 다쳤고 부인이 사망하자 철도청을 상대로 소를 제기하였다. 1심과 2심 모두 원고가 승소하였다. 그러나 피고인 철도청은 사실심판사의 증거채택이 잘못되었다는 것을 주장하며 상고하였다.

사실심에서 원고 측 증인은 원고의 변호사에게 특정 문서를 주었다고 증

⁵⁾ 318 U.S. 109 (1943).

언하였고 피고가 그 문서를 조사할 것을 요청하였다. 사실심 판사는 위 문서에 관한 조사를 한다면, 원고가 요청하는 경우에 그것을 증거로 사용할 것을 허가할 것이라고 말하였다. 이에 피고는 그 문서를 조사할 것을 거부하였고 위 문서는 증거로 채택되지 않았다⁶⁾.

상고심에서 원고에게 위 문서를 증거에 포함할 것인지 여부를 결정할 권한을 부여한 사실심의 증거판단이 위법한지 문제가 되었는데, 대법원은 위 문서가 재판기록에 포함되지 않았으므로 그 내용을 알 수 없고, 따라서 증인을 탄핵할만한 점들이 포함되었는지를 판단하기도 불가능하기 때문에 증거판단에 하자가 있더라도 상고한 피고에게 손해가 발생할 수 없다고 판단하였다.

또한 위 판결에서 대법원은 입증책임에 관하여 하자가 있음을 주장하며 판결을 파기하려는 사람(이 사건의 피고)에게 손해가 발생하였음을 입증할 책임이 있다고 하였다.

2. 코테아코스 대 미연방합중국 판결(Kotteakos v. United States⁷⁾)

브라운은 코테아코스를 비롯한 다른 피고인들의 사기대출신청의 브로커로 활동하였다. 코테아코스과 다른 18명의 피고인들은 기소되었는데 1심 판사는 배심원들에게 브라운과 피고인들 사이에 단 한 번의 음모가 있었고, 한 명의 공모자의 행위와 지시(declaration)가 다른 이들을 구속(bind)하였다고 설명하였다. 이에 피고인 중 7명이 유죄판결을 받았다. 그러나 1심 재판에서 각각의 피고인들이 브라운과 공모하였다는 것이 밝혀졌지만 각각의 피고인들 서로 간에 공모를 하였다는 점에 관한 증거는 없었다.

코테아코스과 다른 피고인들은 항소하였고 항소심은 1심을 인정하였다. 대

⁶⁾ James G. Reinhart, The Rule of Prejudicial Error and 38 U.S.C. § 5103(a): What Led to the United States Supreme Court Decision in *Shinseki v. Sanders* and the Need for a Clear Standard of Prejudice, 2 Veterans L. Rev. 1 2010, 3 면.

⁷⁾ 328 U.S. 750 (1946).

법원은 1명의 공통된 중개인을 통하여 사기성 대출을 받았다고 하여 모든 피고인이 하나의 모의를 하였음을 인정할 수 없다고 하면서 피고인들의 실제적 권리에 손해가 가해졌다고 판단하면서 원심을 파기하였다.

이 판결에는 사실심의 하자로 당사자가 손해를 입었는지에 관한 상급법원의 판단에 있어서의 분석방법이 드러나 있다. 위 판결에서 대법원은 사법법전 제269조하에서 하자를 판단하면서 하자가 실제적 권리에 영향을 주었는지는 그 소송절차(proceeding)의 유형, 침해된 권리의 종류, 하자와 그 하자가 재판 전반에 끼친 영향을 고려하여 판단하여야 한다는 취지로 판시하였다.

손해 없는 하자 원칙에 관한 사법법전 제269조는 민사와 형사 사례를 구분하고 있지 않지만 대법원은 형사소송에서와 같이 생명·자유 등 고도의 기본적인 계쟁물은 민사와 동일한 기준을 적용해야만 하는 것은 아니라고 판단하였다. 이에 의하면 만약 하자로 인하여 당사자의 권리에 실제적인 영향을 끼쳤다는 것에 강한 의심이 든다면 하자로 인하여 어떤 손해도 발생하지 않았다는 것에 대한 입증책임은 정부에게 있다고 하였다.

또한 위 판결에서는 손해 없는 하자 원칙은 법률의 기계적 적용을 방지하고 재판에서의 독단적 판단과 중대한 불평등(essential unfairness)을 견제하며 그 과정에서 절차가 제 기능을 다 할 수 있는 역할을 한다는 취지로 판시하였다.

3. 챔프먼 대 캘리포니아 사건(Chapman v. California)⁸⁾

위 코테아코스 판결에서 대법원은 배심원이 재판의 하자에 영향을 받지 않았음이 확실하다면 그 판단은 유지되어야 한다고 하였으나, 헌법적인 하자에는 이러한 법리가 적용되지 않는다고 판시하였다. 이에 약 20년간 헌법상 하자가 손해를 발생시키지 않았다고 판단한 사례는 없었다. 그러나 대법원은 1967년에 이르러 챔프먼 대 캘리포니아 사건에서 헌법상의 하자에도 손해

⁸⁾ 386 U.S. 18(1967)

없는 하자 원칙이 적용된다고 명시적으로 판단하였다.⁹⁾

챔프먼(Chapman)과 공범은 강도, 약취, 살인죄로 재판을 받고 유죄를 선고 받았다. 위 재판에서 검사는 피고인이 진술을 거부한 것에 관하여 문제를 삼았는데 이는 당시 캘리포니아 헌법상 검사의 권리였다. 판사는 배심원단에게 위와 같이 피고인이 진술하지 않은 것이 피고인에게 불리한 결과를 야기할 수도 있다고 설명하였다.

그러나 피고인이 항소하기 이전에 다른 대법원 판결¹⁰⁾에서 피고인의 묵비권에 관하여 검사가 논평하는 것을 허용하는 위 캘리포니아 헌법 조항은 연방헌법 제5조의 자기부죄거부를 위반하는 것이라고 결정하였다. 따라서 위 사건을 심리하는 법원은 검사의 위와 같은 발언이 피고인의 연방 헌법상의 권리를 위반한 것인지를 심리해야하였다.

이 판결에서 대법원은 피고인이 연방헌법적 권리를 침해당하였음을 인정하면서도 손해 없는 하자 원칙을 적용하여 피고인들의 유죄를 인정하였다. 이 판결은 최초로 헌법상의 하자가 있는 경우에도 손해 없는 하자 원칙이 적용된다고 명시적으로 판단하였다.

제2절 미국 행정법상 손해 없는 하자(harmless error rule) 원칙의 적용

I. 미국법상 행정절차의 하자

1. 국내에 소개된 일반적인 논의

9) 위 James G. Reinhart, the rule of prejudicial error and 38 U.S.C. § 5103(a): what led to the United States Supreme Court decision in *Shinseki v. Sanders* and the need for a clear standard of prejudice, 2 Veterans L. Rev. 1 2010, 7면

10) *Griffin v. California* 380 U.S. 609(1965).

영미법계는 행정행위에 있어서 사전절차를 오래전부터 중시하였는데 특히 영국의 자연적 정의의 법리에서 유래한 행정청의 불이익처분시 고지와 청문(notice and hearing)을 보장해 왔다. 미국의 경우 적법절차 원칙(due process of law)을 행정절차에 적용하는 등 행정활동에 대한 실체적 통제보다는 절차적 통제에 중점을 두고 있다.

이는 입법권자가 본래 사법권에 속하는 행정에 대한 결정을 내리는 권한을 행정청에 위임하였고 따라서 행정청은 사법권을 행사하는 것처럼 그 권한을 재판절차와 유사하게 행사하여야 하기 때문이다.¹¹⁾ 또한 미국 행정법에서는 행정처분 중 행정절차법이 적용되는 경우에는 행정법판사가 청문을 통하여 결정을 내리는 과정이 있으므로 처분단계의 객관성이 보장된다. 미국에서는 행정기관의 재결권한을 광범위하게 인정하고 있고 준사법적인 기능까지 부여하고 있는 것이다. 따라서 법원은 행정소송에 있어 원칙적으로 당해 결정에 관한 기록으로 그 심사범위를 한정하여 행정청의 결정을 존중하고 사법심사를 자제하려는 입장을 보인다.

한편, 뉴딜 시대 이후 행정기관의 권한 증대로 인하여 행정절차의 체계화의 필요성이 대두되어 1946년 미국연방행정절차법(Administrative Procedure Act)이 제정되었는데 위 행정절차법 제706조는 사법심사의 범위에 관하여 밝히고 있다. “수소법원은 법이 정한 절차를 준수하지 아니한(without observance of procedure required by law) 행정청의 행위, 사실인정 및 결론을 위법한 것으로 확인하고 이를 취소하여야한다”¹²⁾고 명문으로 규정되어 있다.

이에 국내 학설들은 미국법상 행정절차하자는 “독자적 취소사유”를 구성하고 적법절차 원칙을 중시하는 경향이 있으므로 절차하자를 이유로 한 행정행위의 취소가 비교적 용이하다고 설명하고 있다.¹³⁾

11) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2008, 563면.

12) 최송화 행정재량의 절차적 통제, 서울대학교 법학, 제39권, 1998. 8, 92면, 장경원, “절차상 하자있는 행정행위의 법적 효과에 관한 연구-행정절차법 시행(1998. 1. 1.)과 더불어-, 서울대학교 법학석사학위논문, 1999, 40면.

13) 위 장경원 41면, 미국법상 절차적 하자가 행정행위의 독자적 취소사유를 명백하게 선언한 것이라고 설명하고 있다.

2. 손해 없는 하자 원칙 및 새로운 접근 방식에 고찰 필요성

통상적인 우리나라의 학설에서 설명하는 바와 달리 미국의 경우에도 당사자가 행정행위에 절차 하자가 있어 손해를 입었음을 주장하는 사건에서 그 취소청구를 받아들이지 않는 경우가 있다. 뒤에서 보는 바와 같이 절차하자로 인한 일률적인 행정행위의 취소 가부를 논하기 이전에 손해 없는 하자 원칙을 적용하는 것이다. 미국법원은 손해 없는 하자 원칙을 적용하여 하자의 종류와 당사자의 피해의 정도에 따라 손해가 발생할 가능성이 없는 경우 원고 적격 인정하지 않는 등 본안 전 단계에서 그 청구가 적법하지 않다고 판단하거나 본안 판단 단계에서도 그 행정행위 절차하자가 미약하여 위법성이 없다고 판단하였다. 따라서 이하에서 종래의 우리나라 학설에서의 논의와는 다른 미국 판례의 경향에 관하여 살펴보려고 한다.

II. 미국 행정절차법 제706조

1. 미국 행정절차법 제706조

1947년 연방행정기관에 있어서 권리와 절차를 표준화 시키려는 노력의 일환으로 미국행정절차법이 제정되었다. 그때부터 미국 행정절차법은 모든 행정행위에 대한 최종적인 사법심사의 기준이 되었다. 게다가 미국행정절차법은 원고적격을 확대하였으므로 대부분의 소가 제기된 행정행위는 사법심사의 대상이 된다.

소제기 이후에 미국법원은 행정절차와 관련된 사건에서 행정절차법 제706조에 정해진 하자의 기준을 적용하는바 그 내용은 다음과 같다.

법원은 판결을 함에 있어 필요하고 또 당사자가 주장하는 경우에는 모든 관련된 법률문제를 심사하고, 헌법과 법률의 규정을 해석하며 행정의 행위의 의미 및 적용가능성을 결정한다.

또한 법원은

(1) 위법하게 거부되었거나 부당히 지연된 행정행위가 이행되도록 강제하여야 하고

(2) 다음 각 호에 해당하는 경우 행정청의 행위·사실인정 및 결론을 위법하다는 이유로 취소해야 한다.

(A) 독단적·자의적 재량권의 남용 기타 법률에 의하지 아니한 것

(B) 헌법상의 권리·권한·특권·면책특권에 반하는 것

(C) 법률상의 관할·권한 또는 한계를 초월하거나 법률상의 권리에 흠결이 있는 것

(D) 법률이 정하는 절차에 의하지 아니하는 것

(E) 제556조 또는 제559조의 규정이 적용되거나 기타 법률에 의하여 행정청의 청문기록에 따라서 심사하여야 하는 사건이 실질적 증거에 의하여 뒷받침되지 아니하는 것

(F) 법원에 의해 새로이 사실심리를 한 경우 그 사실들에 의해 지지되지 않는 경우

법원은 위 각호의 결정을 함에 있어서는 기록의 전부 또는 당사자에 의하여 인용된 부분을 심사하고, 손해 없는 하자 원칙을 충분히 고려해야 한다 (due account shall be taken of the rule of prejudicial error).¹⁴⁾¹⁵⁾.

¹⁴⁾ 이상규, 행정소송법 신정판, 법문사, 2000. 579면, 권순형, 미국 행정이론들과 관련 문제들, 외국사법연수논집 105집, 법원도서관, 378면.

¹⁵⁾ To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall -

(1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and

(2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be

(A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law;

(B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity;

(C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory

위 법조항에서는 법원이 하자를 발견한 경우 그 하자의 효과에 관한 판단을 하기를 요한다. 위 행정절차법 제706조 (2)에서 열거된 6가지 기준에 해당하는 경우 위법하다고 판단하고 각 행정행위를 취소하여야 하는데 이러한 결정을 함에 있어 법원은 적당한 사정(due account)을 고려하고 해로운 하자 원칙(prejudicial error rule¹⁶⁾)에 입각하여 판단해야 한다고 규정하고 있다. Craig Smith는 바로 이 부분에서 행정절차법상의 손해 없는 하자 원칙이 도출된다고 한다.¹⁷⁾ 그러나 위 조항에서 적당한 사정(due account) 또는 해로운 하자(prejudicial error)에 관한 별다른 정의가 없고 손해가 있다고 판단함에 있어 다른 일정한 기준을 제시하고 있지 않아 그 해석이 문제가 된다.

2. 신세키 대 샌더스(Shinseki v. Sanders) 판결¹⁸⁾

가. 의의

이 판결은 손해 없는 하자 원칙의 내용 및 입증책임에 관한 그 동안의 논쟁에 대하여 대법원의 확고한 견해가 드러나는 최초의 대표적인 판결이다.

right;

(D) without observance of procedure required by law;

(E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or

(F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court.

In making the foregoing determinations, the court shall review the whole record or those parts of it cited by a party, and due account shall be taken of the rule of prejudicial error.

¹⁶⁾ 해로운 하자 원칙이라는 뜻으로 뒤에서 보는 바와 같이 손해 없는 하자 원칙과 동일한 의미이다.

¹⁷⁾ Craig Smith, Taking "Due Account" of the APA's Prejudicial Error, 96 Va. L. Rev. 1727 2010, 1731면.

¹⁸⁾ 129 S. Ct. 1696 (2009).

이 판결에서 대법원은 손해 발생에 대한 입증책임은 누구에게 있는지, 손해 발생에 대한 진지한 고려(take due account of the rule of prejudicial error)는 무엇을 의미하는지 밝혔다.

통상적으로 미국의 상이군인들은 군대에서 발생한 질병이나 상처에 관하여 보상을 받도록 되어있다. 재향군인사무소장관(The Secretary of Veterans Affairs)이 이러한 업무를 담당한다. 이와 관련하여 샌더스(Sanders)와 시몬스(Simmons)라는 두 재향군인이 재향군인사무소에 보상을 신청하였다가 거절당한 이후 이를 관할하는 재향군인법원에 소를 제기하고 항소와 상고를 거듭하였다. 대법원은 위 두 명의 재향군인에 대한 사례를 함께 판단하면서 손해 없는 하자 원칙에 관하여 중요한 법리를 선언하였다.

나. 샌더스(Sanders) 사건

샌더스는 1942년부터 1945년까지 미군에서 복무하였는데¹⁹⁾ 오른쪽 눈의 장애가 발생하였다고 주장하면서 재향군인사무소 등에 보상을 신청하였으나 거절되자 재향군인법원(Court of Appeals for Veterans Claims)에 소를 제기하였다.²⁰⁾ 샌더스는 소송 중에 38 미연방법전에 규정된 재향군인청구보조법률²¹⁾(Veterans Claims Assistance Act) 제5103조 (a)항에 의하면 재향군인사무소는 누구에게 최종적으로 샌더스의 청구를 지지할 증거들을 제출할 책임이 있는지에 관하여 샌더스에게 통지(설명)하여 줄 의무가 있음에도 이를 이행하지 않았다고 주장하였다. 그러나 위 법원은 샌더스는 통지 하자가 심사의 공정성에 어떻게 영향을 주었는지를 입증하지 못하였다고 하면서 샌더스의 청구를 기각하였다. 이에 샌더스는 항소하였다.

연방항소법원은 2007년 5월 위 1심 판결을 파기하면서²²⁾ 1심 법원이 위

¹⁹⁾ James G. Reinhart, the rule of prejudicial error and 38 U.S.C. § 5103(a): what led to the United States Supreme Court decision in *Shinseki v. Sanders* and the need for a clear standard of prejudice, 2 Veterans L. Rev. 1 2010, 27-36면.

²⁰⁾ *Sanders v. Nicholson*, No. 03-1846, 2005 WL 2055933 (Vet. App. Aug. 25, 2005).

²¹⁾ Veterans Claims Assistance Act of 2000, 38 U. S. C.

²²⁾ *Sanders v. Nicholson*, 487 F.3d 881 (Fed. Cir. 2007).

제5103조 (a)항의 통지 하자가 있는 경우 청구인에게 하자로 인하여 손해가 발생하였음에 관한 입증책임을 지운 것은 잘못되었다고 하였다.

다. 시몬스(Simmons) 사건

시몬스는 미해군에 복무 중 왼쪽 귀의 난청을 발견하였고 재향군인사무소에 왼쪽 귀의 난청 및 군 복무 이후에 발생한 오른쪽 귀 난청에 관한 보상을 청구하였다. 재향군인사무소는 2001. 3. 시몬스에게 재향군인사무소의 통지, 조력의무 및 의료검사에 관한 우편을 보냈으나 시몬스는 검사에 참석하지 않았다. 위 사무소는 그녀에게 출석하지 않은 이유를 설명하지 않는 경우 신청이 기각될 수 있다는 내용의 우편을 보냈는데 시몬스는 통지를 받지 못하였다고 하면서 새로운 주소를 제출하였다. 위 사무소는 2002. 11.로 다시 일정을 잡았으나 시몬스는 다시 불출석하였다. 위 사무소는 2002. 12. 불출석 통지서를 다시 보냈으나 이는 잘못된 주소로 송달되었다. 또한 시몬스의 신청을 거절하는 통지 역시 잘못된 주소로 보내졌다.

재향군인사무소는 2003. 6. 시몬스의 이의신청을 기각하면서 재향군인법률상의 통지와 조력의무를 다하였고 그녀의 오른쪽 귀의 청력감소와 복무기간 중의 왼쪽귀의 청력감소 사이이 연관성에 관한 증거가 없다는 이유를 들었다.

시몬스는 재향군인법원에 소²³⁾를 제기하면서 재향군인사무소는 재향군인청구보조법률 제5103조 (a)항의 1, 2, 3의 적법한 통지를 하지 아니하였다고 주장하였다. 위 법원은 재향군인사무소가 적법한 통지를 하였음을 명확히 입증하지 못하는 이상 재향군인사무소의 결정을 파기해야한다고 판단하였다. 또한 위 법원은 재향군인사무소가 재향군인청구보조법률 제5103조 (a)항 상의 통지를 하지 않았고 위 하자가 시몬스에게 손해가 없음을 입증하지 못하였다는 것을 덧붙였다.

재향군인사무소는 이에 항소²⁴⁾하면서 위 법원이 재향군인청구보조법률 제

²³⁾ Simmons v. Nicholson, No. 03-1731, 2005 WL 3312625, at *1 (Vet. App. Dec. 1, 2005).

²⁴⁾ Simmons v. Nicholson, 487 F.3d 892, 896 (Fed. Cir. 2007).

5103조 (a)항의 통지 하자로 인하여 손해가 발생하였다고 추정한 것은 잘못이라고 주장하였다. 샌더스 사건에서와 같이 항소법원은 위 주장을 인정하지 않고 재향군인법원의 결정을 승인하였다. 재향군인사무소는 샌더스의 판결과 함께 상고하였고 2008. 6. 상고가 허가되었다.

라. 대법원 판결²⁵⁾

이에 대하여 대법원은 2009. 4. 재향군인청구보조법률 제5103조 (a)항의 하자로 손해를 입었다고 주장하는 원고에게 손해가 있음을 입증할 책임이 있다는 판결을 선고하였다. 38미연방법전 제726 1(b)(2)조(Section 726 1(b)(2) of Title 38 of the U.S. Code)에서 재향군인법원은 심리 당시 “손해를 발생시키는 하자 원칙에 대하여 충분한 고려를 하여야 한다(shall... take due account of the rule of prejudicial error)”고 적시하고 있는바, 대법원은 위 조항은 행정절차법 상의 손해 없는 하자 원칙을 채택한 것이므로 재향군인법원은 손해를 발생하게 한 하자에 대해 충분히 고려해야하나 이에 배치된 항소심의 판단은 위법하다고 판시하였다. 즉, 항소심의 판단은 기록에 근거하여 각 사례의 특성에 맞게 손해 없는 하자 원칙을 적용하여야 하였음에도 경직되고 일률적으로 위 원칙을 적용하였고 행정청에게 하자가 손해발생에 영향이 없다는 것을 입증하도록 하였으므로 위법하다고 판시하였다.²⁶⁾

III. 신세기 대 샌더스 판결의 시사점

앞서 살펴본 신세기 대 샌더스 판결에서 대법원은 미국행정절차법 706조와 동일한 내용의 재향군인청구보조법률상 “손해를 발생시키는 하자 원칙에 대하여 충분한 고려를 하여야 한다(shall... take due account of the rule of prejudicial error.)”는 문구에 관하여 법원이 오랫동안 민사소송에서 적용하여 왔던 손해 없는 하자 원칙을 성문화한 것이라고 판단하였다.²⁷⁾ 또한 행정사

²⁵⁾ Shinseki v. Sanders, 129 S. Ct. 1696, 1705-06 (2009).

²⁶⁾ Richard J. Pierce, Jr, Making sense of procedural injury, 62 Admin. L. Rev. 1 2010, 4면.

건에서 손해 없는 하자 원칙을 적용하는 경우 민사사건과 같이 손해가 발생하였다고 주장하는 원고에게 손해발생의 입증책임이 있다고 명시적으로 판시한 것에 위 판결의 의의가 있다.

위 판결에서 대법원은 하자로 인하여 결과가 달라졌는지, 행정청과 법원 중 어느 기관이 위 결과에 대한 결정권한이 있는지, 하자가 형평, 사회통합, 사법절차에 있어서의 공공의 신뢰에 미친 영향을 고려하면서 하자의 속성과 각 사건의 특유의 상황에 맞게 유연한 방법으로 손해 없는 하자 원칙을 적용할 것을 강조하였다. 또한 개개의 하자를 특정하여 다르게 판단하는 것과 손해발생의 지나친 일반화는 경계하여야 하나 어떠한 종류의 하자가 손해를 발생시키는 지에 관한 현실에 기초한 일반화도 때때로 필요하다는 취지로 판시하였다.

그러나 위 판결에서 법원은 어떠한 경우 하자가 손해를 발생시켰는지에 관하여 위와 같은 추상적인 기준을 제시하고 있을 뿐 더 나아가 구체적인 기준을 제시하지는 않았다는데 그 한계가 있다.

²⁷⁾ Ronald M. Levin, scope-of-review doctrine restated: An Administrative Law Section Report, 38 Admin. L. Rev. 284면.

제3장 손해 없는 하자 원칙과 사법심사방법

제1절 개관

미국행정절차법 제706조에서 손해 없는 하자 원칙에 관하여 규정하고 있고 신세기 대 샌더스 판결에서 하자를 다투는 원고에게 손해가 발생하였음에 대한 입증책임이 있다고 판단하였음은 앞서 본 바와 같다. 그러나 위 판결에서 법원은 하자가 손해를 발생시켰는지에 관하여 추상적인 기준만을 제시하고 있을 뿐 더 나아가 구체적인 기준을 제시하지는 않았다.

한편 위 행정절차법 제706조에서는 “손해를 발생시키는 하자 원칙에 대하여 충분한 고려를 하여야 한다(due account of the rule of prejudicial error shall be taken)”고 규정하고 있는바, 여기서 충분한 고려는 손해가 발생하였는지에 관한 충실한 심사를 의미한다고 보인다.

이렇듯 법률에서 손해 없는 하자 원칙에 관하여 다소 모호하게 규정하고 있으므로 법적안정성을 위하여 하자로 인한 손해 발생 여부 관한 명확한 심사방법이 필요하다.

이에 대하여 미국의 두 학자는 미국 판례의 분석을 통하여 절차하자와 실체하자를 분리하고, 본안 전과 본안 이후의 심사과정을 분리하여 손해 없는 하자 원칙을 적용하는 일응의 심사방법 내지 기준을 제시하였다. Richard J. Pierce는 원고가 절차상 하자가 있음을 주장하는 경우 원고적격을 판단하는데 있어서 손해 없는 하자 원칙을 적용하고 절차상의 하자가 손해를 발생시키는지에 관한 적절한 판단 기준을 제시한다.²⁸⁾ 또한 Craig Smith는 본안 단계에서 손해 없는 하자인지 여부를 판단하는데 있어 하자의 적절한 분류 기준 내지 유용한 심사방법을 제시한다.²⁹⁾ 이하에서는 손해 없는 하자 원칙과 관련하여 위 두 학자의 견해를 소개하고 손해 발생의 판단 기준 등에 관하

²⁸⁾ Richard J. Pierce, Jr, making sense of procedural injury, 62 Admin. L. Rev. 1 2010.

²⁹⁾ Craig Smith, taking "due account" of the APA's prejudicial error, 96 Va. L. Rev. 1727 2010.

여 살펴보도록 하겠다.

제2절 원고적격과 손해 없는 하자 원칙

I. 원고적격

1. 원고적격의 의의

현행 행정소송법 제12조는 “처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자”에게 원고적격을 인정하고 있는바, 위 조항에서 “법률상 이익이 있는자”를 어느 범위까지 인정할 것인지는 해석에 관한 문제이다. 위에서 말한 “법률상 이익”은 법적으로 보호가치 있는 이익을 의미한다고 보는 것이 통설이다.³⁰⁾ 즉 처분의 근거법규가 보호하는 이익을 침해받았다면 원고 적격을 취득한다.³¹⁾ 우리판례 역시 동일한 입장으로 “행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정되지만, 여기서의 법률상 이익이라 함은 당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 의미하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적, 평균적, 일반적인 이익과 같이 간접적이거나 사실적, 경제적 이익은 여기에 포함되지 않는다³²⁾”고 한다(다

³⁰⁾ 김동희, 행정법 I, 외 다수 학자. 그 근거로 법률문언에 명문으로 “법률상” 이익이라고 규정하고 있고 명확하고 객관적인 기준을 제시할 수 있기 때문이라는 것을 들고 있다.

³¹⁾ 이 견해에 대하여 원고적격의 범위를 지나치게 좁혀 국민의 구제가능성을 제한하고 처분의 근거법규의 범위를 어디까지 볼 것인지에 대한 기준이 모호하며 항고소송의 본래적 기능은 개인의 권리구제보다는 적법성 통제에 있으므로 사실상 이익이 침해된 경우에도 원고적격을 인정하자는 견해(이원우, 항고소송의 원고적격과 협의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개정방안, 251면, 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2008, 495면)가 있다.

³²⁾ 대법원 1998. 9. 22. 선고 97누19571 판결 등.

만 처분의 근거 법규를 넓혀가는 형식으로 원고적격의 범위를 확대하고 있는 경향이 있다³³⁾).

원고적격의 문제는 행정처분 등을 문제 삼아 다룰 수 있는 범위를 정하는 문제로서 원고적격을 넓히는 것은 국민의 권리구제의 가능성을 높이고 재판 청구권을 보장하는 것을 의미한다. 이는 또한 어느 범위 내에서 행정부에 대한 사법부의 관여와 개입이 가능한지를 결정하는 문제로서 권력분립의 측면에서도 그 의의를 가진다.

2. 미국에서의 원고적격 논의³⁴⁾

미국 헌법과 행정절차법의 규정은 원고적격을 명확히 규정하고 있지 않고 주로 판례의 해석에 맡기고 있다. 미국판례의 경우 원고적격의 범위를 넓히는 방향으로 발전하였다. 초기에는 법적인 권리(Legal right)가 침해되었음을 입증하는 경우에만 원고적격을 인정하였다가 1946년에 제정된 행정절차법 제702조는 “행정청의 행위로 인하여 법적인 피해를 입거나 관련 법률의 취지에 비추어 부정적인 영향을 받거나(adversely affected) 고통을 받은 자(aggrieved)”가 원고 적격을 갖는다고 규정하였다. 1970년대 이후에는 행정청의 행위로 사실상의 불이익을 입었는지 여부(injury-in-fact)까지 기준을 확대하였다.³⁵⁾ 그 이후 미국 판례는 확대된 원고적격의 범위를 합리적으로 제한하기 위하여 인과관계와 시정가능성³⁶⁾(Causation & Redressability)³⁷⁾을 추가

33) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97누3286 판결에서는 공원사업시행허가처분의 근거 법규인 자연공원법 등 관계 법령에서 사전에 환경영향평가를 거치도록 한 경우에 환경영향평가법도 근거법규로 보았다.

34) 이하 권순형, 미국 행정소송의 기본이론들과 관련 문제, 외국사법연수논집, 법원도서관, 2004, 399면.

35) Association of Data Processing Service Organizations, Inc. V. Camp, 397 U.S. 150(1970) 판례에서 행정청의 행위로 사실상의 불이익을 입었는지 여부와 원고가 관계 법령에 의하여 보호되는 이익범위 내(zone of interest)에 있는 여부를 기준으로 제시하였다.

36) 구제가능성이라고 해석하기도 한다. 법원의 판결로 원고가 요구하는 바가 이루어질 수 있을 때 원고적격이 인정될 수 있음을 의미한다.

로 요구하기 시작하였다.³⁸⁾ 이에 미국법원은 당해 행정처분이 원고에게 행정 행위와 피해 사이의 인과관계의 개연성을 입증하는 것에서부터 높은 확실성을 입증하는 것까지 다양한 심사방법을 적용하여 왔다.³⁹⁾

II. 원고적격과 행정행위의 절차상 하자

1. 절차피해 원칙(procedural injury doctrine)과 원고적격

Richard J. Pierce는 다음과 같은 판결의 원고적격 심사 단계에서 당사자에게 ‘절차피해(procedural injury)’가 있는지를 검토하여야 한다는 견해가 등장하였다고 설명한다. 루잔 대 야생동물수호자들(Lujan V. Defenders of Wildlife) 판결⁴⁰⁾의 각주⁴¹⁾에서는 건설 허가가 내려진 댐 인근 주민은 환경

37) 연방 헌법 제3조 제2항에서 유래, 즉 위 조항은 사건과 분쟁(Cases and controversies)에 대하여 사법권이 미친다고 규정하고 있고 사건과 분쟁에 해당하기 위해서는 원고적격(Standing), 분쟁의 성숙성(Ripeness), 논의가능성(Mootness)이 요구되고, 원고적격(Standing) 요건에는 개인적 피해(Personal injury), 인과관계(Causation), 시정가능성(Redressability)가 포함된다.

38) Lujan V. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555 (1992).

39) Richard J. Pierce, Jr, Making Sense of Procedural Injury, 62 Admin. L. Rev. 1 2010, 5-6면.

40) “1990년의 제1차 루잔 사건(Lujan I)에서 연방대법원은 전국야생동물연맹(National Wildlife Federation)에 대하여 일부 공유토지를 개발대상으로 개방하는 토지관리국(Bureau of Land Management)의 결정을 다룰 수 있는 법적 지위를 가지지 않는다고 판시하였다. 스칼리아(Scalia) 대법관은 다수의견에서 원고 연맹이 그 회원들이 레크리에이션 목적으로 당해 공유토지를 사용한다는 주장 외에 그 결정으로 여하한 특정적 피해를 받았다는 사실을 입증하지 못했다는 이유를 들어 원고적격을 부정하였다. 1992년 루잔 대 야생동물수호자들(Lujan v. Defenders of Wildlife: Lujan II)에서 연방내무장관(Secretary of Interior)이 멸종위기종보호법 제7조 주23)의 적용을 받는 연방행위의 적용범위를 미국 영토와 공해상으로 제한하여 시행하도록 하는 규칙을 제정하자 환경단체인 야생동물수호자들은 후진국에 원조를 함에 있어 내무장관과의 협의요건 규정을 적용하지 않게 되면 후진국 개발로 인하여 그곳에 서식하는 생물종들이 멸종할 것이라고 주장하면서, 그 경우 원고 단체의 회원 두

영향평가를 거치지 않은 건설허가에 대하여 다투면서 환경영향평가가 있었더라면 건설허가가 나지 않았거나 변경되었을 것이 확실하고 댐이 수년간 완성되지 않을 것이라는 점에 관한 입증 없이도 원고적격을 갖는다고 하였다.

위 판례에서는 “절차적 권리(procedural rights)는 특별하고, “법령상 구체적 인 절차적 권리를 부여받은 자(who has been accorded a procedural right to protect his concrete interests)는 시정가능성(redressability)과 신속성(immediacy)이라는 기준을 만족시키지 않더라도 원고적격을 갖는다”라고 명시하였다.

일종의 절차상 권리를 침해당한 자는 절차적 권리 침해 자체를 입증함으로써 원고적격의 입증책임이 완화된다는 의미라고 생각된다. Richard J. Pierce, Jr.는 이렇게 원고 적격 단계에서 절차피해를 검토하는 방식을 절차 피해 원칙(procedural injury doctrine)이라고 정의하였다.⁴²⁾ 위 판례 이후 많은 항소법원이 절차적 권리와 원고적격에 대하여 언급하기 시작하였다.

2. 손해 없는 하자 원칙과 절차피해원칙의 구분

절차피해원칙은 손해 없는 하자 원칙(harmless error doctrine)의 개념에서 유래된 용어로 보인다.

절차피해원칙은 절차상의 하자로 인한 피해가 있는 경우 원고적격을 인정

사람이 멸종위기생물종이 서식하는 나라에 여행하면서 이들 동물을 보는 즐거움을 잃게 될 것이라는 점을 근거로 위 규칙의 폐지를 구하는 소송을 제기하였다. 연방대법원의 다수의견을 대변하여 스캘리아 대법관은 기존의 원고적격에 관한 다양한 논의들을 다음과 같이 비판하며 소송을 제기한 환경단체와 단체 회원들은 위 규칙으로 인하여 사실상 침해를 받은 당사자가 아니며 따라서 원고적격을 인정할 수 없다고 판시하였다” 홍준형, ‘도롱뇽소송’의 적법여부에 관한 고찰, 한국공법이론의 새로운 전개, 삼지원, 2005. 6. 650면.

⁴¹⁾ 504 U.S. 555, 572(1992).

⁴²⁾ Richard J. Pierce, Jr, making sense of procedural injury, 62 Admin. L. Rev. 1 2010, 2면

한다는 의미이고 손해 없는 하자 원칙은 하자로 인하여 손해가 발생하는 경우 당해 행정행위가 위법하다는 의미이다.

위 각 원칙은 그 적용 시기, 적용 단계, 적용의 효과가 다르다. 절차피해원칙은 본안 전의 원고 적격의 문제로서 기록 전체에 대하여 검토하기 이전에 적용되며 그 적용의 결과가 행정행위에 대한 사법심사 가능 여부를 결정한다. 반면 손해 없는 하자 원칙은 본안의 문제로서 소송의 마지막에 판단하므로 기록 전체에 대한 검토 이후 적용되며 행정행위를 취소하는 효과를 가져온다. 논리적으로는 손해가 있는 하자라고 인정될만한 절차의 생략이 있었다면 절차피해가 있다고 결론을 내릴 수 있다. 그러나 그 반대로 절차피해가 있었다고 언제나 손해가 있는 하자라고 판단할 수는 없다.

III. 절차피해 원칙과 심사 강도

1. 손해 발생 여부 판단에 있어서의 심사강도

앞에서 살펴본 신세기 대 샌더스 판결에서는 손해 없는 하자 원칙을 적용하는 경우 하자의 종류, 각 사례의 구체적인 사정을 고려하여 유연하게 심사를 하여야 한다는 취지로 판시하였다.

이에 대하여 Richard J. Pierce, Jr.는 다음과 같이 절차의 중요성에 따라 그 입증책임의 강도에 관하여 설명한다. 배심절차를 생략한 재판은 당사자의 근본적인 권리를 침해한 것이므로 법원은 그 절차의 생략이 실제로 재판결과에 영향을 미쳤는지 여부를 불문하고 당해 재판을 파기해야한다. 만약 이 경우 배심절차의 생략이 손해를 발생할 개연성이 있었는지 판단(a probability test)하게 되면 배심절차의 생략이 당사자에게 손해를 끼쳤는지 입증하기 어려워 손해가 발생하지 않았다고 판단하게 될 가능성이 높다. 그렇다면 판사들은 이러한 중요한 절차를 생략하려고 할 것이고 당사자의 절차적 권리가 잠식되는 효과가 있다.

반면, 증거채부 결정의 경우 판사는 복잡한 법률 규정에 따라 수차례에 걸

쳐 증거 채택 결정을 해야 한다. 따라서 판사에게 실수하지 않기를 기대하기는 어렵고 이에 관한 하자가 있더라도 재판의 결과에 영향이 없는 경우가 많다. 또한 이러한 증거채택의 하자를 이유로 다시 재판을 하는데에는 비용이 많이 든다.⁴³⁾ 따라서 배심절차를 생략한 재판보다는 엄격하게 손해가 발생하였는지를 심사하게 된다.

2. 절차피해 원칙에서의 심사강도의 의의

Richard J. Pierce, Jr.는 원고적격을 판단할 때 대부분의 항소법원은 절차의 생략이 원고에게 불리한 결과⁴⁴⁾를 야기하였다는 점에 관하여 타당성 있게(plausibly) 입증한다면 원고적격을 인정하고 있다고 설명한다.⁴⁵⁾ 반면 인과관계의 개연성(probability)에 대한 입증이 부족하다고 하여 원고적격을 부인하는 판례도 존재한다고 한다.⁴⁶⁾

위와 같이 어느 심사강도를 적용하느냐는 원고적격 인정 여부에 큰 영향을 미친다. 타당성 기준을 적용한다면 절차가 생략된 것이 결론에 영향을 미칠 수 있다. 또는 위 기준에 의하면 손해를 발생시켰다는 점은 타당성 있게 받아들여지므로 원고적격이 인정될 것이고 엄격한 개연성 기준을 적용한다

⁴³⁾ Richard J. Pierce, Jr, making sense of procedural injury, 62 Admin. L. Rev. 1 2010, 5, 6면.

⁴⁴⁾ Richard J. Pierce, Jr.는 절차하자로 인한 손해발생과 결과에 영향을 주었다는 개념을 비슷하게 사용하게 있다. 그러나 뒤에서 보는 바와 같이 Craig Smith는 실체적 하자와 절차적 하자를 나누어 판단하자고 주장한다. 이 견해에 따르면 절차상 하자로 인하여 원고가 자신의 주장을 기록에 포함시킬 수 없게 되었다면 또는 원고가 행정절차의 과정에 참여할 권리를 박탈당하였다면 원고에게 불리한 결과가 발생하였는지 여부를 불문하고 손해가 발생되었다고 본다.

⁴⁵⁾ 위 Richard J. Pierce, Jr. 3면, Elec. Power Supply Ass'n v. FERC, 391 F.3d 1255, 1261-62 (D.C. Cir. 2004); FEC v. NRA Political Victory Fund, 6 F.3d 821, 824(D.C. Cir. 1993)

⁴⁶⁾ 위 Richard J. Pierce, Jr. 3면, Ctr. for Law & Educ. v. Dep't of Educ., 396 F.3d 1152, 1159 (D.C. Cir. 2005)(quoting Fla. Audubon Soc'y v. Bentsen, 94 F.3d 658, 665 (D.C. Cir. 1996) (en bane)).

면 절차가 생략된 경우 결론에 영향을 미치는 것을 개연성 있게 입증하기 어려우므로 원고적격이 인정되기 어려울 것이다. 즉 어떠한 기준을 적용하는지가 원고적격 인정 범위를 결정하고 당사자의 구제가능성 및 사법심사 가능성의 폭을 가름하게 된다. 따라서 절차피해가 있었는지 여부를 판단함에 있어 그 심사강도는 매우 중요하다.

앞서 본 신세기 대 샌더스 판결에서와 같이 손해 없는 하자 원칙을 적용할 때 각 절차상 하자의 종류에 따라 그 심사강도를 다르게 해야 한다는 것이 미국 판례와 학설의 일반적인 논의이다. 그런데, Richard J. Pierce, Jr.는 절차피해 원칙을 설명하면서 절차피해 원칙에 손해 없는 하자 원칙을 적용함에 있어 중요한 예외가 있다고 설명한다.⁴⁷⁾

첫째로 절차 피해 원칙은 소송기록 전체를 검토하기 이전인 소제기 단계에서 적용되므로 각 사건의 구체적인 사실관계를 검토하여 유연성 있게 위 원칙을 적용하기는 어렵고 넓은 범위의 일반화가 필요하다는 것이다. 둘째로 절차 피해 원칙과 손해 없는 하자 원칙에서 그 하자가 ‘당사자의 권리에 영향이 없다(손해가 발생하지 않았다)’는 판단의 각 효과가 다르다는 점을 유의해야한다고 한다. 법원이 절차 피해 원칙에 따라 하자로 인하여 당사자가 손해를 입지 않았다는 결론을 내리면 원고 적격이 부인되어 소송이 종결된다. 그 경우 법원은 본안에서 각 하자의 유형에 따라 하자가 당사자의 실제적 권리에 영향을 미쳤는지 여부를 판단할 기회를 잃게 된다. 만약 원고적격 판단 단계에서 절차 피해 원칙에서 엄격한 심사강도를 적용하게 된다면 대부분의 행정절차하자가 있는 사례의 경우 원고적격이 부인되고 당사자의 권리구제 가능성과 행정행위에 대한 사법심사 가능성이 축소될 것이다. 따라서 Richard J. Pierce, Jr.는 절차 피해 원칙에 있어 완화된 심사강도를 적용하여 더 많은 절차의 하자에 관하여 본안에 있어 손해 없는 하자인지 판단할 수 있는 기회를 부여해야 한다고 주장하면서 아래와 같이 타당성 심사와 개연성 심사를 적용한 항소심 판결을 소개하였다.⁴⁸⁾

47) 위 Richard J. Pierce, Jr. 7면.

48) 위 Richard J. Pierce, Jr., 8면.

3. 미국 판례의 경향

많은 미국의 항소심 법원은 재결에서의 청문절차, 행정규칙에 관하여 의견을 말할 권리, 환경영향평가(EIS), 공식적인 청문절차에서 제외 받지 않을 권리, 헌법에 따른 구성원들로 구성된 포럼에서 절차가 진행되기를 요구할 권리, 연방 자문 기구(FACA)를 위반하여 구성된 자문위원회의 잘못된 영향을 받지 않을 권리 등을 위한 절차가 생략된 경우 타당성 심사를 채택하였다.⁴⁹⁾ 이는 주로 헌법 또는 법률에 명시된 행정절차가 생략된 경우이다. 만약 이 경우 개연성 심사를 적용한다면 중요한 절차의 생략으로 손해가 발생하였는지를 개연성 있게 입증하기란 어렵고 당사자가 중대한 절차상의 불이익을 당하였음에도 원고적격이 부인되어 사법부가 위 중요한 절차상의 하자에 관하여 심사할 수 없게 된다.

원고 적격의 심사 단계에서는 기록 전체에 대한 검토를 할 수 없다. 그러므로 중대한 행정절차위반이 있는 경우 원고적격 판단에 타당성 심사를 적용하면 사법심사 가능성을 넓힐 수 있다. 이렇게 된다면 행정행위에 대한 사법심사 범위를 넓혀 국민의 권리구제 가능성을 높일 수 있다고 보인다.

다만 절차하자에 관하여 지나치게 사법심사 가능성을 넓혀 행정의 효율성을 침해하는 것은 아닌지 비판이 있을 수 있다. 그러나 본안단계에서 손해 없는 하자 원칙을 적용하여 그 하자가 실체적 권리에 영향이 없으므로 위법하지 않다고 판단할 수 있다. 또한 그 하자가 위법하지만 행정청의 사후적 절차이행에 따라 치유되었다고 판단함으로써 비효율성을 방지할 수도 있다.⁵⁰⁾ 한편 Richard J. Pierce, Jr.는 다음과 같이 개연성 심사를 적용한 두 가지 판례를 소개하면서 비판을 가한다.

4. 개연성 심사와 관련된 판결⁵¹⁾

⁴⁹⁾ 위 Richard J. Pierce, Jr., 8면.

⁵⁰⁾ 위 Richard J. Pierce, Jr. 9, 10면.

⁵¹⁾ Richard J. Pierce, Jr.는 이제껏 2개의 항소법원 판례만이 절차상의 하자가 사건의 결과를 변경시켰을 것이라는 점을 개연성 있게 입증하지 못하였다는

가. 법률 및 교육센터 대 교육부(Center for Law & Education v. Department of Education)⁵²⁾

1) 주요사실관계

미국교육부가 행정규칙을 제정하기 위해서는 아동방치금지법(The No Child Left Behind Act)에서 명시한 대로 “부모와 학생의 대표, 교사와 교육기관의 대표 사이의 균형을 맞추기 위한(provide an equitable balance between representatives of parents and students and representatives of educators and education officials)”⁵³⁾ 협상위원회를 구성해야한다. 그런데 교육부는 위원회위원 24명 중 1명만이 학부모 또는 학생을 대표하도록 구성한 뒤 행정규칙을 발령하였다. 위 규칙에 잠재적으로 영향을 받을 수 있는 학생의 부모를 포함한 원고들은 이러한 위원회 구성상의 절차 위법을 이유로 소를 제기하였으나 1심에서 패소하였고 D.C.항소법원에 항소하였다.

2) D.C.항소법원의 판단

위 법원은 다음과 같이 개연성 심사를 적용하면서 원고들은 절차피해를 입지 않았으므로 원고적격이 없다고 판단하였다.

“원고적격을 주장하는 자는 피고의 행동이 적법한 절차를 위반하였다는 것뿐만 아니라 절차 위반이 원고 개인의 이익에 중대한 피해를 일으켰다는 근본적인 개연성을 입증해야 한다. 다른 말로 하자면 급박성과 시정가능성에 대한 요구를 완화하는 반면, 절차적 피해를 주장하는 원고는 반드시 하자와 손해발생의 인과관계에 대한 헌법적 기준을 만족시켜야한다.⁵⁴⁾”라고 판시하였다.

이유로 원고적격을 인정하지 않았다고 한다.

⁵²⁾ 396 F.3d 1152 (D.C. Cir. 2005).

⁵³⁾ 20 U.S.C. § 6571(b)(3)(B) (2006)).

⁵⁴⁾ 396 F.3d 1152 (D.C. Cir. 2005).

다수의견은 원고들이 학부모 또는 학생의 대표자가 더 많을수록 그 협상 위원회가 학부모에게 더 유리한 규칙을 제정하였을 것이라는 개연성에 대한 입증을 하지 못하였기 때문에 원고적격이 없다는 취지로 판단하였다. 또한 위와 같이 개연성을 요구하는 것은 플로리다 어더본 소사이어티 대 벤센 (Florida Audubon Society v. Bentsen) 판결에서 D.C.항소법원의 만장일치된 의견이라고 하면서 판단의 근거로 삼았다.

3) 검토

그러나 Richard J. Pierce, Jr.는 이러한 견해는 법률 또는 헌법상의 절차적 권리 박탈에 대하여 타당성 심사를 적용하여 왔던 통상적인 사법심사와 불일치한다고 하면서 다음과 같은 이유를 든다. 연방권고위원회법(FACA, Federal Advisory Committee Act)은 위원회가 당사자의 이익을 “대표함에 있어 반드시 공정하고 균형 있어야 한다(fairly balanced in terms of the points of view represented..⁵⁵⁾”고 규정하고 있고 법원은 이에 위반하였다고 주장하는 원고에게 원고적격을 인정해왔는바,⁵⁶⁾ 위 연방권고위원회법상 문구는 아동방치금지법(No Child Left Behind Act)에서의 “형평성 있게 균형있는 (equitably balanced)” 위원회의 문구와 비슷함에도 불구하고 위 판례에서는 원고 적격을 인정하지 않은 것은 잘못이다. 또한 뒤에서 보는 바와 같이 플로리다 어더본 소사이어티 대 벤센(Florida Audubon Society v. Bentsen) 판결은 절차의 하자과 발생한 손해 사이에 개연성을 요구한 것이 아니라 행정 행위와 원고 고유의 특별한 손해발생 사이의 인과관계와 관련하여 개연성을 언급하였다.

만약 법원이 행정절차하자와 손해 사이의 인과관계에 대하여 개연성심사를 사용한다면, 대부분의 사건에서 원고적격이 부인될 것이고, 헌법과 법률에 규정된 절차적 권리가 박탈된 사안에 관한 사법심사 가능성이 매우 낮아질 것이다.

⁵⁵⁾ U.S.C. app. § 5(b)(2) (2006).

⁵⁶⁾ 위 Richard J. Pierce, Jr, 13면.

나. 플로리다 어더본 소사이어티 대 벤센(Florida Audubon Society v. Bentsen) 판결⁵⁷⁾

1) 사실관계

미국 재무부 장관은 가솔린과 에탄올에서 추출한 첨가제의 혼합물의 사용에 대한 세금 공제 혜택을 넓히는 방향으로 규칙을 개정하라는 명령을 내렸다. 플로리다 어더본 소사이어티{Florida Audubon Society(FAS)}라는 시민단체는 행정청이 위 명령을 내리기 전에 환경영향평가를 생략하여 국가환경정책법(National Environmental Policy Act)을 위반하였다고 주장하면서 위 명령에 대한 소를 제기하였다. 위 시민단체는 위와 같은 세금공제혜택으로 ETBE⁵⁸⁾의 생산이 늘어나 에탄올 수요가 증가할 것이고 결과적으로는 에탄올 생산에 필요한 옥수수과 사탕수수의 생산의 증가를 야기할 것이라고 주장하였다. 또한 이로 인하여 원고가 방문하고자하는 야생환경에 농장이 생겨 원고가 방문하는 지역에 손해를 입힐 것이라고 주장하였다. 그리고 위 시민단체는 농장근처의 야생환경을 조망하는 구성원들의 원고적격에서 파생된 원고적격을 갖는다고 주장하였다.

2) 판단

Richard J. Pierce, Jr.는 위 판결에서는 다음과 같이 원고 적격의 문제를 두 부분으로 나누어 판단하였다고 분석하였다.⁵⁹⁾

① 생략된 행정절차(환경영향평가)와 이를 생략한 정부의 하자 있는 행정행위, ② 그 행정행위와 원고의 특별한 손해 사이의 연관성(casual chain)이 모두 인정되어야 한다고 하였다. 그러면서 절차하자의 특수성에 기인하여 생략된 환경영향평가와 행정행위의 연관성은 인정하였다. 그러나 옥수수 등의 생산증가와 원고 고유의 특별한 손해(원고의 구성원이 방문할 예정인 도시의

⁵⁷⁾ 94F.3d 658 (D.C. Cir. 1996).

⁵⁸⁾ Ethyl tertiary Butyl Ether, 연료 중의 산소 함량을 높이기 위해 사용되는 첨가제의 일종.

⁵⁹⁾ 위 Richard J. Pierce, Jr, 15-16면.

야생환경을 해칠 것)의 인과관계를 인정하지 않은 것으로 보인다.

그러므로 위 시민단체에게 원고적격이 없다는 위 판결은 적법한 절차 제공을 하지 않은 하자와 일반적인 행정행위의 결과 또는 그로인한 손해 사이의 인과관계를 요구하는 절차피해 원칙과 관련이 없다. 위 판결에서는 “원고들은 그들의 고유한 이익(particularized interest)에 대한 피해를 적절하게 입증하거나 피고의 행위가 이러한 피해의 ‘중대한 개연성(substantial probability)’을 만들었음을 입증하지도 못하였기 때문에” 원고적격이 없다고 판시하였다. 이는 원고가 주장하는 행정행위(위 판례의 규칙개정명령)로 원고에게 특별한 손해(야생환경을 조망할 권리의 침해)가 발생하였음을 개연성 있게 입증하지 못하였다는 것을 의미한다.

3) 검토

앞서 살펴본 법률 및 교육센터 대 교육부(Center for Law & Education) 판결에서 다수의견은 플로리다 어더본 소사이어티 대 벤센(Florida Audubon Society v. Bentsen) 판결의 문구를 인용하면서 절차피해원칙에 있어 하자와 손해발생 사이의 인과관계 판단에 있어 개연성 심사를 하여야 한다고 판시하였다.

그러나 플로리다 어더본 소사이어티 대 벤센(Florida Audubon Society v. Bentsen) 판결에서 시민단체에게 원고적격이 없다는 것은 행정절차의 하자와 행정행위의 일반적인 결과 또는 이로 인한 일반적인 손해 사이의 인과관계를 요구하는 절차피해 원칙과 관련이 없다. 오히려 행정행위와 당사자가 주장하는 특별한 손해와의 인과관계가 없음을 이유로 한다.

따라서 이러한 측면에서도 Richard J. Pierce, Jr.는 절차피해 원칙에 개연성 심사를 적용한 법률 및 교육센터 대 교육부(Center for Law & Education) 판례의 견해는 잘못되었다고 주장한다. 그리하여 플로리다 어더본 소사이어티 대 벤센(Florida Audubon Society v. Bentsen) 판결 이후에도 D.C.항소법원은 절차피해원칙을 적용함에 있어 개연성 심사가 아니라 타당성 심사를 해왔다고 한다.⁶⁰⁾

VI. 소결론

행정소송에 있어 손해 없는 하자 원칙은 본래 사소한 하자가 있는 행정행위의 경우에는 그 위법성을 부인하여 행정의 능률을 높이고 자원을 효율적으로 이용할 수 있게 하는 것을 목적으로 한다. 원고적격 판단 단계에서 위 원칙을 적용하는 경우 매우 사소한 절차상의 하자의 경우 원고적격을 인정하지 않음으로서 소송경제, 자원의 효율적 이용에 이바지할 수 있다.

그러나 원고적격 단계에서 손해 없는 하자를 넓게 인정하는 경우에 행정행위에 대한 사법심사 가능성을 좁히고 국민의 권리구제 가능성이 줄어드는 문제가 발생한다. 그리하여 Richard J. Pierce, Jr.는 손해 없는 하자 원칙과는 차별된 ‘절차 피해 원칙’이라는 개념을 제시하면서 원고적격 판단 단계에서 하자와 손해발생의 인과관계에 관하여 완화된 심사를 하여 원고 적격을 넓게 인정해야 한다고 주장한다. 원고적격 심사단계에서는 기록 전체를 검토할 수 없기 때문에 하자로 인하여 손해가 발생하였는지에 관한 구체적인 판단을 할 수 없고 실제로 하자로 인하여 손해가 발생하였는지에 관한 가능성만 있다고 보이면 원고적격을 인정해야 한다는 것이다.

실제로 미국법원은 행정행위에 헌법과 법률에 의한 절차상 하자가 있는 경우 시정가능성, 신속성이라는 요건을 충족하지 않고서도 손해발생의 인과관계가 타당성 있게 인정되면 원고적격을 인정하여 원고적격 심사요건을 완화하는 경향이 있다.

우리 행정소송법 제12조의 ‘법률상 이익이 있는 자’의 해석상 ‘법률상 이익’에 법률상 절차의 하자가 있는 행정행위의 상대방도 포함될 수 있다. 절차피해 원칙을 적용한다면 매우 사소한 행정절차의 위반의 경우 이를 다투는 상대방은 원고적격이 인정되기 어려울 것이다. 매우 사소한 행정절차의

⁶⁰⁾ Chamber of Commerce v. SEC, 443 F.3d 890, 896-97 (D.C. Cir. 2006), Chamber of Commerce v. SEC, 412 F.3d 133, 138 (D.C. Cir. 2005); Elec. Power Supply Ass'n v. FERC, 391 F.3d 1255, 1262 (D.C. Cir. 2004). Richard J. Pierce, Jr. Making Sense of Procedural Injury, 62 Admin. L. Rev. 1 2010, 14면 인용.

범위를 정함에 있어 결과에 영향을 미칠 가능성이 없는 경우로 좁게 한정하여야 할 것인데, 본안 전 심사에서 결과에 영향이 미칠 가능성이 없음을 확신하기 어렵기 때문에 대부분의 절차하자를 주장하는 자에게 원고적격이 넓게 인정될 것으로 보인다.

다만 절차하자가 있는 경우일지라도 뒤에서 보는 바와 같이 본안에서 하자의 중요성에 따라 행정행위의 위법성 여부를 판단하여 행정의 자율성 존중, 행정의 능률과 국민의 권리구제, 법치주의 수호 사이의 이익형량이 가능하다고 보인다.

제3절 처분의 적법성 판단에서의 손해 없는 하자 원칙

I. 손해 없는 하자 원칙에서 손해발생에 관한 입증책임의 주체

1. 통상적인 행정사건의 경우

신세기 대 샌더스 판결에서 미국대법원은 ‘하자로 손해가 발생하였다(error is harmful)’는 것에 관한 입증책임은 행정청의 결정을 다투는 원고에게 있다고 판시한 이후 미국 하급심 법원은 통상적으로 행정소송을 제기한 원고로 하여금 행정행위의 하자로 인하여 어떤 손해를 입었는지 입증하게 하였다.⁶¹⁾

2. 중대한 절차 위반의 경우

그러나 미국법원은 행정청이 법률에서 정한 중대한 절차를 위반한 특정한 사안에서는 행정청이 원고의 권리가 침해되지 않았음에 대한 입증책임을 부담하게 하였다.⁶²⁾

⁶¹⁾ Air Canada v. Department of Transportation, 148 F.3d 1142, 1156(D.C. Cir. 1998).

특히 행정절차법 제553조에 규정된 청문(notice and comment) 기간의 위반 같은 중대한 법령을 위반한 경우 행정청에게 이로 인한 손해가 없음을 입증할 것을 요구하였다.⁶³⁾ D.C.항소법원은 위 제553조를 명백하게 위반한 경우에 손해 없는 하자에 관한 입증책임을 원고에게 두어 행정청으로 하여금 위 조항 상 절차를 생략할 수 있는 여지를 주는 것은 위 조항을 무형화시키는 것이라는 취지로 판시 하였다.⁶⁴⁾ 공공의 의견청취기간에 관한 절차 위반은 그 자체로 당사자의 “중요한 권리(substantial rights)”를 해하는 “자연스러운 효과(natural effect)”를 갖는 것을 의미하므로⁶⁵⁾ 이미 위 절차 위반 자체로 원고가 손해가 입었음이 증명되었고 행정청이 이를 번복하기 위해서는 손해가 없음을 입증하여야 한다는 의미로 해석된다.

3. 입증책임 전환의 취지

위와 같이 행정청에게 행정절차 하자로 인한 손해가 없음에 관한 입증책임을 지우는 것은 행정청으로 하여금 국민의 대표자인 의회에서 정한 중요한 행정절차상의 의무이행을 강제하기 위해서다. 이 경우에 행정청이 상대방에게 손해가 발생하지 않았음을 입증하기는 거의 불가능하기 때문에 패소할 확률이 크다. 따라서 행정청은 적어도 중대한 행정절차를 따르려는 노력은 하게 된다. 반면 행정청이 위 절차를 미흡하게나마 이행하였다면 이를 다투는 행정행위 상대방에게 입증책임이 주어지므로 행정청이 승소할 확률이 더 높아진다.

이와 관련하여 더블류 오일앤 가스연합회 대 미국환경보호청(W. Oil &

⁶²⁾ 행정규칙 제정에 관한 공표, 의견제시 절차 생략과 같이 명백하게 행정절차 법상의 조항을 위반한 경우도 마찬가지로 입증책임이 전환된다.

⁶³⁾ Ala. Power Co. v. FERC, 160 F.3d 7, 10-11(D.C. Cir. 1998)에서는 행정청이 program-specific statute에서 요구한 청문절차 없이 규칙을 공포하였을 때 암암리에 입증책임을 전환하였다).

⁶⁴⁾ McLouth Steel Products Corp. v. Thomas, 838 F. 2d 1317, 1324(D.C. Cir. 1988).

⁶⁵⁾ Kotteakos v. United States, 328 U.S. 750 (1946), Craig Smith, taking "due account" of the APA's prejudicial error, 96 Va. L. Rev. 1727 2010, 1737면.

Gas Ass'n v. EPA)⁶⁶⁾ 판결에서 법원은 “실체판단에 관하여 행정청에게 매우 넓은 재량이 주어져 있으므로 국민이 그 의사결정에 참여할 수 있게 하는 절차 규정(procedural safe guard)은 매우 엄격하게 지켜져야 한다”고 판시하였다.

Craig Smith는 이러한 입증책임의 전환은 일반적인 손해 없는 하자 원칙을 행정법에 알맞게 변환한 것이라고 평가하면서도 실제로 이렇게 입증책임 전환을 적용한 판례는 얼마 되지 않는다고 평가한다.⁶⁷⁾

4. 손해 없는 하자 원칙에 관한 심사방법(test)

손해 없는 하자 원칙을 적용함에 있어 ‘손해가 발생’하였음을 판단하는 데에는 구체적인 기준이 필요하다. Craig Smith는 미국법원은 대체적으로 손해 없는 하자에 관여 두 가지 심사방법(prejudice test)을 사용한다고 분석한다. 실체하자(substantive error)와 절차하자(procedural error)를 분류하여 각각에 다른 심사방법을 적용하는 것이다. Craig Smith는 통상적으로 실체하자에는 결과에 근거한 심사방법(“outcome-based test”)을 적용하고 절차 하자에는 기록에 근거한 심사방법(“record-based test”)을 사용하는 것이 판례의 경향이라고 하면서⁶⁸⁾ 손해 없는 하자 원칙을 적용함에 있어 실체하자와 절차하자를 분리하여 판단해야 한다고 주장한다.

Ronald M. Levin 역시 미국행정절차법 제706조(2)(D)에서 절차위반의 경우를 별도의 항목으로 적시하고 있으므로 절차하자에 있어 실체하자와 다른 심사기준을 적용하여야 한다고 주장한다.⁶⁹⁾

⁶⁶⁾ 633 F.2d 803, 813(9th Cir. 1980) "When substantive judgments are committed to the very broad discretion of an administrative agency, procedural safeguards that assure the public access to the decision-maker should be vigorously enforced. "

⁶⁷⁾ Craig Smith, taking "due account" of the APA's prejudicial error, 96 Va. L. Rev. 1727 2010, 1737면.

⁶⁸⁾ 이 심사방법은 위 Craig Smith이 고안하여 이름 붙인 것이다.

⁶⁹⁾ Ronald M. Levin, Scope-of-Review Doctrine Restated: an Administrative Law Section Report, 38 Admin. L. Rev. 282-283면.

그러나 미국법원은 동일한 종류의 하자가 있는 경우에도 각각 다른 심사 방법을 사용하기도 하고 어떠한 심사방법을 사용하였는지 밝히지 않는 경우도 있다. 이러한 판례의 경향이 행정절차법에서의 손해 없는 하자 원칙의 법규성을 해친다.

이하에서는 Craig Smith의 분석에 따라 손해 없는 하자에 관한 입증책임의 주체 및 심사방법에 대하여 정리하여 보고자 한다.

II. 결과에 근거한 심사방법(Outcome Based Test)

1. 의의

이 심사방법은 주로 원고가 행정행위에 실체적 하자가 있다고 주장하는 경우 적용되는데, 당해 하자가 없었더라면 행정청이 다른 결론을 내렸을 것인지를 손해 발생의 기준으로 삼는다.

2. 원고가 입증책임을 지는 경우

가. 켈전 대 미우정청(Kurzson v. United States Postal Service) 판결⁷⁰⁾

제1항소법원은 이 사건에서 결과에 근거한 심사방법을 적용하였다. 원고인 켈전은 회사의 소유자인데, 위 회사는 처방전 없이 살 수 있는 약에 관한 광고를 우편으로 보내는 업무를 하였다. 미국우정청은 우편물을 검사하였고 기록에 대한 청문절차 이후에 위 광고의 내용이 잘못되었음을 발견하였다. 회사가 광고한 약이 특정한 상황에서 효과가 없음에도 효과가 있다고 광고를 한 것이다. 위 회사에게 미국우정청은 “우편물 발송 금지 명령(mail stop order)”을 발령하였다. 켈전은 이 명령에 대하여 소를 제기하면서 위 명령을 뒷받침할 증거가 부족하다고 주장하였다.

제1항소법원은 대부분의 결정들이 실체적인 증거(substantial evidence)에

⁷⁰⁾ 539 F.2d 788, 796 (1st Cir. 1976).

의하여 뒷받침된다고 결론을 내렸다. 다만, 하나의 사실적인 판단부분(factual conclusion)은 정확하지 않다는 쉼전의 주장을 인정하였다.

그러나 법원은 다음과 같은 이유로 위 쉼전의 주장과 같은 하자로 인하여 손해가 발생하지 않았다고 판단하였다. 법원은 만약 하자가 없었을 경우에도 행정청이 최종적으로 같은 결론을 내렸을지에 관한 실체적인 의심이 들 경우에만 당해 행정행위를 무효화 할 수 있다고 하면서 이 사건에서는 하자가 있는 행정청의 판단부분은 최종 결론과 그다지 관련이 없다고 판단하였다. 미국우정청은 하자가 있었던 판단부분이 없었더라도 우편물 발송 금지명령을 내렸을 것이기 때문이다. 이에 위 법원은 원고의 청구를 기각하였다.

나. 결과에 근거한 심사방법의 효용

위 판례에서 보듯이 결과에 근거를 둔 심사방법은 하자가 존재하더라도 하자의 유무에 따라 결론이 달라지지 않는다면 행정행위가 위법하지 않다고 한다. 이러한 심사방법은 행정청의 결정을 존중하고 행정청으로 하여금 동일한 행정결정을 반복하지 않게 함으로써 행정의 효율성을 높이게 한다. 특히 행정청이 많은 인력을 투자한 복잡한 결정의 경우 사소한 하자는 고려하지 않는 것이 효율적이다.

다. 결과에 근거한 심사방법의 문제점

결과에 중점을 둔 심사방법을 적용하게 되면 행정청은 결과에 영향이 없는 수준에서 행정절차를 무시하고 잘못된 증거를 제시하더라도 제재를 받지 않게 된다. 이러한 이유로 법원이 주로 실체적인 하자에만 결과에 근거한 심사방법을 적용하는 것으로 보인다. 절차하자가 결과를 바꾸었다는 것은 입증하기 어려우므로 결과에 근거한 심사방법을 절차하자에 적용한다면 행정행위에 절차하자가 있는 경우 대부분 행정청이 승소하게 되기 때문이다.

3. 행정청이 입증책임을 지는 경우

이제까지 행정행위에 실체적인 하자가 있는 경우 행정청에게 손해가 발생

하지 않았다는 점에 관하여 입증할 것을 요구한 사례는 없었다.⁷¹⁾ 그러나 만약 행정청에게 그 입증책임을 지운다면 그 심사방법은 원고가 주로 입증 책임을 지는 경우와 유사할 것이다.

III. 기록에 근거한 심사방법(Record Based Test)

1. 의의

기록에 근거한 심사방법에 의하면 원고가 절차하자로 인해 행정청에 의견을 제시할 기회를 갖기 못하여 위 의견이 행정기록에 추가하지 못하였다는 것을 입증한다면 손해가 발생하였음을 인정한다. 원고의 의견이 행정기록에 추가될 기회가 박탈 당하였는지를 손해발생의 기준으로 삼는다고 볼 수 있다. 그러나 법원은 다음에서 보는 바와 같이 위 심사방법을 적용하는데 있어 일관성이 없다.

2. 당사자가 입증책임을 지는 경우

가. 거버 대 노튼(Gerber v. Norton) 판결⁷²⁾

미국 어류 및 야생동물국(The U.S. Fish and Wildlife Service)은 멸종 위기에 처한 데르마바 파스(Dermarva fox) 다람쥐의 서식지에 건축허가를 하였다. 멸종위기동물보호법에 따르면 위 행정청은 건축에 관한 허가신청서(permit application)를 연방정부의 공보에 게시하고 대중의 의견을 청취한 이후 다람쥐가 건축물 하에서 살아남을 수 있다는 결론을 내야했다. 위 행정청은 건축허가신청서를 발급할 당시 다람쥐가 건축물 내 어떤 장소에서 다시 살아갈 수 있는지를 표시하는 지도를 첨부하지 않았다. 자연보호단체는 그 지도를 보기 전까지는 의견을 제시할 수 없다고 주장하였다. 위 행정청은 다

⁷¹⁾ Craig Smith, Taking "Due Account" of the APA's Prejudicial Error, 96 Va. L. Rev. 1727 2010, 1743면.

⁷²⁾ 294 F.3d 173 (D.C. Cir. 2002).

람취를 옮기는 최종 계획이 공표되었을 때에서야 지도를 제시하였고 자연보호단체가 지도를 검토할 시간을 달라고 하였으나 이 요청을 무시하였다.

위 행정청은 1달 후에 건축허가를 내렸고 자연보호단체는 소를 제기하였다. D.C. 항소법원은 멸종위기동물보호법에 따르면 위 지도는 의견을 듣기 위하여 발행하는 것이므로 위 행정청의 행정행위에는 지도를 게시하지 않은 하자가 있다고 판단하였다. 원고인 자연보호단체는 그들이 미국 어류 및 야생동물국에 주장하려고 했던 위 건축허가에 대한 세 가지 비판점을 밝혀냄으로서 손해를 입증하였다. 법원은 위 허가를 무효라고 판결하였다.

나. 판례의 검토

거버 대 노튼 판례는 결과에 근거한 심사방법과 기록에 근거한 심사방법 사이의 중요한 차이점을 제시한다. 만약 자연보호단체가 당시 지도를 볼 수 있었고 본래의 의견 제출 기간에 의견을 제시하였더라도 위 행정청은 그 의견과 관계없이 건축허가를 하였을 것이다. 행정청이 자연보호단체의 의견을 따를 의무는 없기 때문이다. 행정청이 지도를 제공하지 않은 하자로 인하여 행정행위의 결론이 변경된 것이 아니다.

그러나 기록에 근거한 심사방법하에서는 지도가 게시되었다고 하였더라도 건축허가가 났을 것인지는 문제되지 않는다. D.C.항소법원은 위 자연보호단체가 제시하고자 하였던 추가적인 의견들이 손해발생의 충분한 증거라고 보았다.

이 판결 외에도 절차하자로 인한 손해발생과 관련하여 하자가 행정기록에 어떤 영향을 미치는지에 관하여 검토한 다른 판례들도 존재한다.⁷³⁾

이렇듯 미국법원은 절차하자가 있는 경우 손해 없는 하자 원칙을 적용함에 있어 기록이 절차하자로 인해 변경되었는지를 손해발생의 기준으로 삼는

⁷³⁾ 다만 *Safari Aviation, Inc. v. Garvey*, 300 F.3d 1144, 1151-52 (9th Cir. 2002) 사건에서는 행정청이 다른 이익단체의 동일한 증거(substance)에 대하여 검토하였으므로 원고의 주장이 검토되지 아니한 하자로 인하여 손해가 발생하지 않았다고 판결하였다. 위 *Craig Smith, Taking "Due Account" of the APA's Prejudicial Error*, 96 Va. L. Rev. 1727 2010, 1746면.

다. 그러나 때때로 법원은 절차하자에 대하여 기록에 근거한 심사방법 대신 결과에 근거한 심사방법을 적용하면서도 왜 결과에 근거한 심사방법을 적용하는지에 대한 설명은 하지 않았다. 이에 Craig Smith는 실체하자와 절차하자를 구분하여 각각 다른 심사방법을 적용하여 손해 없는 하자의 법규성을 높이고 당사자로 하여금 소송의 결과에 관한 예측을 쉽게 해주어야 한다고 주장한다.

3. 행정청이 입증책임을 부담하는 경우

가. 행정청에게 입증책임을 전환한 사례

일반적인 손해 없는 하자 원칙을 적용함에 있어 손해를 주장하는 원고에게 하자로 인하여 손해가 발생하였음을 입증할 책임이 있다. 그러나 미국법원은 중대한 행정절차상 하자가 있는 경우 손해 없는 하자 원칙을 적용함에 있어 행정청에게 그 하자로 손해가 없음을 입증하게 하여 왔다. 이러한 입증책임의 전환이 일반적인 손해 없는 하자 원칙을 행정법에 알맞게 변환한 것임²은 앞서 본바와 같다.

제5항소법원은 사건에서 처음으로 행정청에게 입증책임을 전환시켰다.⁷⁴⁾ D.C.항소법원 및 제9항소법원은 다양한 방식으로 입증책임을 전환시켰는데 행정청에게 너무 높은 정도의 입증을 요구하였다.

D.C.항소법원은 초기에는 청문절차와 같은 중대한 절차위반의 경우 행정청이 당사자가 제시하려고 하였던 반대의견을 충분히 고려하였음을 입증해야한다는 취지로 판시하였다.⁷⁵⁾ 그러나 행정청은 그때마다 그 입증에 실패하였다.

나. 원고에게 약한 정도의 입증책임 부여한 사례

⁷⁴⁾United States Steel Corp. v. United States Environmental Protection Agency 595 F.2d 207, 215 (5th Cir. 1979).

⁷⁵⁾ Shell Oil Co v. EPA{950 F.2d 741,752(D.C. Cir. 1991)}, McLouth Steel Products Corp. v. Thomas{838 F.2d (D.C. Cir. 1988)}.

그 이후 D.C.항소법원은 입증책임을 전환하기 보다는 원고에게 입증책임을 부과하되 약한 정도의 입증만을 요구하였다. 스프린트 대 미국연방통신위원회(Sprint Corp. v. FCC) 판결⁷⁶⁾에서 법원은 위 행정청에게 손해가 없음을 밝히기를 요하기보다는 원고들에게 약한 정도의 입증책임을 부과하였다. 위 판결에서 법원은 미국연방통신위원회(Federal Communications Commission, FCC)의 연금 규칙(pending rule)제정에 있어 청문절차를 생략한 하자가 원고인 스프린트에 손해를 입혔다고 판단하였다. 미국연방통신위원회에게 손해가 없음을 입증하게 하지 않고 원고의 손해발생에 대한 약한 정도의 입증만으로도 손해가 발생하였음이 인정된다고 판단한 것이다. 그러나 위 법원이 심각한 절차하자가 있는 경우 더 이상 행정청에게 입증책임을 부여하지 않겠다고 선언한 것은 아니고 다만 새로운 심사방법을 적용한 것일 뿐이다. 그 이후 위 법원에서는 이와 같은 심사방법이 통용되어 왔다.

다. 간접적으로 입증책임을 전환한 사례

제9항소법원은 간접적으로 입증책임을 전환하였다. 폴젠 대 다니엘(Paulsen v. Daniels) 판결⁷⁷⁾에서 위 법원은 공청회 기간(public notice or a comment period)을 거치지 않고 제정된 한시적인 규칙을 심리하였다. 위 판결에서는 원고들이 행정청의 활동에 관한 어떤 공지도 받지 못하였다면 그 자체로 손해발생이 증명되어 원고들이 승소할 것이고 원고들이 공지(public notice)가 없었음에도 법규제정 절차에 참여하였다는 것이 드러나는 경우에는 패소할 것이라고 하였다.

다만 위 판결에서는 왜 이러한 심사방법을 택하였는지, 손해발생에 관한 입증책임을 행정청 또는 원고 중 누구에게 있는 지 명확히 밝히지 않았다.

라. 일관성 없는 심사방법의 문제점

위에서 본바와 같이 미국법원은 행정절차 하자에 관하여 일관성 없게 위 기록에 근거한 심사방법을 적용하였다. 법원은 행정절차가 생략된 경우 손해

⁷⁶⁾ 315 F.3d 369,376-77(D.C. Cir.2003).

⁷⁷⁾ 413 F.3d 999, 1006 (9th Cir. 2005).

에 대한 입증책임을 전환시켰으나 명확한 기준이 발견되지 않는다. 또한 법원은 행정절차하자를 판단함에 있어 기록에 근거한 방식이 아닌 결과에 근거한 방식을 사용하여 오면서 왜 이러한 이례적인 방식으로 판단하였는지에 대하여 설명하지 않았다.

이렇듯 각 항소법원들마다 중대한 절차하자의 경우 심사방법(입증책임 분배)이 다르지만 결론적으로 행정청은 언제나 이러한 종류의 소송에서 패소하였다. 그러나 이러한 일관성 없는 각 법원의 판단방식에 의하면 손해 없는 하자 원칙에 관한 행정절차법 제706조상의 ‘적당한 판단 방법(take due account)’을 제시하기 어렵고 이러한 판단영역을 사법부의 재량의 영역인 것처럼 만들어 사법심사에 관한 신뢰형성에 좋지 않은 영향을 끼친다.

IV. 하자와 결과가 명백히 관련이 없을 것을 요한 예외적 판결

1. 브래니프 항공사 대 민간항공위원회(Braniff Airways v. Civil Aeronautics Board) 판결⁷⁸⁾

민간항공위원회(Civil Aeronautics Board)는 이스턴 항공사(Eastern Airlines)에게 플로리다에서 달라스로 가는 새로운 항로에 대한 승인을 하였다. 달라스에 근거지를 둔 브래니프 항공사는 위 승인의 근거가 되는 몇몇 사실은 부정확하고 실체적 증거에 의하여 뒷받침 될 수 없으므로 취소되어야 한다고 주장하였다. D.C.항소법원은 행정행위에 하자가 있는 경우 그 하자가 “명확하게 당해 행정행위의 절차 또는 본질과 관련이 없는(clearly had no bearing on the procedure used or the substance of the decision reached) 경우”에만 위 항공위원회의 승인을 적법하다고 할 수 있다고 판시하였다. 또한 민간항공위원회의 위 항로승인의 근거가 된 잘못된 사실들이 위 항로승인을 무효화할 만큼 영향력이 있으므로 위 승인은 위법하다고 결론을 내렸다.

⁷⁸⁾ 379 F.2d 453(D.C. Cir. 1967).

2. 판례의 검토

위 판결이 난 이후 다른 항소법원들은 위 판례의 “명확하게 관련이 없을 것(clearly had no bearing)” 문구를 인용하여 행정행위의 하자로 손해가 발생하였는지 판단하는데 사용하여 왔다. 예를 들어 미국철강 회사 대 미국환경보호청(United States Steel Corp. v. EPA)⁷⁹⁾ 판결에서 손해 없는 하자 원칙은 “오직 ‘행정청의 실수가 명확하게 절차상의 영향이 없거나 그 결정이 다다른 본질에 영향이 없을 때에만 쓰인다’라고 실시하였다. 행정청에 대하여 하자가 당해 행정행위와 연관이 없을 것을 매우 엄격한 정도로 입증할 것을 요한 것이다.

그러나 Craig Smith는 하자가 당해 행정절차나 본질과 “명확하게 관련이 없을 것(clearly had no bearing)”은 손해 발생의 기준으로 삼기 어렵고 오히려 위 판례의 문구를 인용한 다른 항소법원들의 판결로 손해 없는 하자 원칙의 심사방법의 기준 확립이 늦춰졌다고 주장한다.⁸⁰⁾

왜냐하면 D.C.항소법원은 손해 없는 하자 원칙의 판단 기준으로서 위와 같은 문구를 활용하였다기보다는 대법원은 사소한 하자를 이유로 행정청의 행위를 무효화 하는 것을 선호하지 않는다는 뜻으로 위와 같은 문구를 적시한 것이기 때문이다.⁸¹⁾

위 브래니프 판결로 손해 없는 하자 원칙의 법규성 확립이 늦춰졌다. 만약 D.C.항소법원이 위 판결에서 손해를 측정하는 기준으로서 그러한 문구를 실시하였다고 하더라도 원고에게 지나치게 가벼운 입증책임을 부과하기 때문에 이를 손해발생의 기준으로 삼기 어렵다.

V. 기여에 근거한 심사방법(Contribution-Based Standard)⁸²⁾

⁷⁹⁾ 595 F.2d 207, 215 (5th Cir. 1979). 앞서 논의하였던 행정청에게 입증책임을 부담시킨 가장 첫 판례이기도 하다.

⁸⁰⁾ Craig Smith, Taking "Due Account" of the APA's Prejudicial Error, 96 Va. L. Rev. 1727, 2010, 1752면.

⁸¹⁾ Craig Smith 앞의 글 1752면.

⁸²⁾ Craig Smith 앞의 글 1753면 이하.

1. 실체적 하자과 절차적 하자의 구분

미국법원은 지난 60년간 하자로 인해 손해가 발생하였는지를 판단할 때 절차하자, 실체하자를 구분하여 그 심사방법을 달리 적용해왔다. 그러나 심사방법 적용에 있어 일관성이 부족하여 판결의 예측가능성이 저하되고 국민의 사법에 대한 신뢰도 감소하는 원인을 제공한 것으로 보인다.

그러므로 Craig Smith는 실체하자과 절차하자를 분리하고 실체하자에는 결과에 근거한 심사방법을, 절차하자에는 기록에 근거한 심사방법을 사용하여야 한다고 주장한다. 이렇게 된다면 원고와 행정청 모두 법원이 어떠한 심사방법을 사용할 것인지를 예측할 수 있고 항소의 가능성에 대하여도 예상할 수 있게 한다. 따라서 하자를 주장하는 자는 그 하자에 어떤 심사방법이 사용될 것인지, 이에 따르면 법원이 어떠한 판결을 내릴 것인지를 예측한 당사자는 소제기 또는 항소를 미리 포기할 수 있다.

2. 기여에 근거한 심사방법의 의의와 특징

가. 기여에 근거한 심사방법의 의의

Craig Smith는 행정절차에서의 국민의 기여 또는 참여 가능성이 차단되었는지를 기준으로 한 심사방법을 주장한다. 이 심사방법은 절차하자에 있어서의 기록에 근거한 심사방법에서 좀 더 발전된 방식인데, 절차하자로 인하여 원고가 행정행위 절차에의 참여기회를 제한 받았는지를 손해발생의 기준으로 삼는다. 이 심사방법하에서 원고는 절차하자로 인하여 행정청에 제공하려고 하였던 정보를 제공하지 못하였음을 입증함으로써 승소할 수 있다.

위에서 본 거버 대 노튼(Gerber v. Norton) 사건에서는 다람쥐의 서식지에의 건축허가와 관련하여 행정청이 지도를 뒤늦게 게시하였고 자연보호단체에게 의견제출 기회를 제한하였다. 위 사건에 기여에 근거한 심사방법과 기록에 근거한 심사방법을 적용해보면 다음과 같은 차이가 드러난다. D.C.항소법원은 위 사건에서 미국 어류 및 야생동물국이 자연보호단체의 의견을 수

용하지 않은 절차상의 하자가 행정기록을 불완전하게 하였기 때문에 손해가 있는 것이라고 판단하였다. 자연보호단체는 지도가 준비되지 않았고 행정청이 의견전달 기간을 연장하여 주지 않았기 때문에 미국 어류 및 야생동물국에 자신들의 특정한 견해를 전달하지 못하였으므로 기여에 근거한 심사방법을 적용하더라도 위 건축허가는 무효가 될 것이다.

그러나 만약 위 거버 대 노튼 사례에서 다른 이익집단이 원고가 주장하려고 했던 동일한 주장을 이미 하였고 원고에 대하여만 의견제시할 기간을 주지 않았다면 각 심사방법하에서 어떠한 결론이 도출될까? 기록에 근거한 심사방법하에서는 원고가 주장하려고던 바가 (다른 이익집단에 의해서) 이미 기록에 포함되었으므로 손해가 없다는 판단이 내려질 것이다. 제9항소법원도 이와 유사한 판결에서 다른 이익 집단이 동일한 의견을 표명하였고 명시적으로 행정청이 이를 고려했다는 것을 이유로 원고의 의견을 고려하지 않은 행정청의 행위로 인하여 손해가 발생하지 않았다고 판단하였다.⁸³⁾ 그러나 이러한 경우 원고는 다른 이익 집단의 유사한 의견표명으로 인하여 자신이 행정에 참여할 기회를 잃게 된다.

반면, 기여에 근거한 심사방법은 다른 사람에 의하여 어떠한 견해가 제시되었는지와 관계없이 원고에게 견해를 표명할 기간을 연장하여 주지 않은 것 자체로 손해가 발생하였다고 판단할 것이다.

나. 기여에 근거한 심사방법의 장점

Craig Smith는 기여에 근거한 심사방법은 국민의 참여에 중점을 두어 모든 이익 단체에게 행정행위에 있어 동등한 참여의 기회를 부여할 수 있다고 주장한다. 이러한 기회 부여로 행정청은 특정 이익단체의 의견에 휩쓸리지 않고 발전적인 정책을 만들 수 있고 국민의 참여권을 보장하여 민주주의 발전에 이바지 한다는 것이다.⁸⁴⁾

⁸³⁾ Safari Aviation Inc. v. Garvey, 300 F.3d 1144, 1152 (9th Cir. 2002)

⁸⁴⁾ 위 Craig Smith 1757면, Coke & Coal Chem. Inst. v. EPA, 452 F.3d 930, 938 (D.C. Cir. 2006) 판결에서도 “행정절차법 하에서 행정청의 통지의무는 이와 관련된 사람들에게 공평하게 규칙제정에 대한 반대의견을 지지할 수 있는

이 심사방법은 특정 이익집단에게만 참여의 기회를 부여하여 그에 유리한 행정행위를 하게 되는 것을 막는다. 따라서 국민의 행정청에 대한 신뢰를 높여준다. 특히 행정청이 준입법기관이나 준사법기관의 역할을 하는 경우는 그 의미가 더 크다.

다. 기여에 근거한 심사방법에 대한 가능한 비판

이러한 장점에도 불구하고 이 심사방법과 관련하여 다음과 같은 우려가 있다. 첫째로 이 심사방법은 하자로 인하여 결론에 영향이 없음에도 원고가 승소할 가능성을 높여 행정청으로 하여금 동일한 심리를 반복하게 하여 자원 이용의 효율성이 떨어질 수 있다.

그러나 Craig Smith는 행정청에게로의 입증책임의 전환이나 기록에 근거한 심사방법과 같은 다른 심사방법 또한 효율성이 높다고 할 수 없고 행정절차를 중시하기 위해서는 동일한 심리를 반복한다는 위험을 안고 그 심리를 진행할 수밖에 없는 것이라고 한다. 기여에 근거한 심사방법 또한 당사자들의 행정청의 결정에의 참여기회를 높이기 위하여 실익 없는 행정결정의 무효화를 감수하는 것이다.

둘째로 원고가 본래는 행정결정에 참여할 의사가 없었음에도 행정행위의 결과가 마음에 들지 않는 경우 뒤늦게 행정결정 과정에 참여할 기회를 박탈당했다고 주장하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우 행정청과 법원은 원고의 진정한 의사를 알기 어렵다. 또한 원고가 진심으로 행정결정과정에 다른 견해를 제시하려고 했었다는 것은 입증하기 어렵기 때문에 이러한 심사방법상의 기준을 만족시키기 어려울 수도 있다. 이에 대하여는 Craig Smith는 다음과 같이 적절한 시기의 반대 의견을 표명(Seasonable-Objection Requirement)하도록 함으로써 해결할 수 있다고 한다.⁸⁵⁾

증거를 제출한 기회를 줌으로써 사법심사의 질을 높일 수 있게 한다”고 판시하였다.

⁸⁵⁾ Craig Smith, Taking "Due Account" of the APA's Prejudicial Error, 96 Va. L. Rev. 1727 2010, 1758-1760면.

라. 기여에 근거한 심사방법의 보완

Craig Smith는 행정행위의 절차하자를 주장하는 원고는 하자로 인해 행정청에 원고가 의견제시할 기회를 박탈당하였고 위 절차하자에 관하여 시의 적절하게 이의를 제기하였음(Seasonable-Objection Requirement)을 밝혀야 손해가 발생하였음을 인정받을 수 있다고 하면서 다음 대법원 판결에서와 같이 최근의 미국행정판례들은 이러한 이의제기를 판단요소로 삼기 시작하였다고 한다.

즉, 미연방합중국 대 엘에이 터커 트럭 라인(United States v. L.A. Tucker Truck Lines, Inc)⁸⁶⁾ 판결에서 연방법원은 주간통상위원회(Interstate Commerce Commission)의 청문관이 행정절차법에 위배되어 선임되었다는 이유로 위 위원회의 명령을 무효화 하였다. 그러나 대법원은 이를 파기하였다. 왜냐하면 원고가 “행정과정 내의 많은 기회가 있었음에도 단 한 차례도 이의를 제기하지 아니하였고 법원도 이를 요구하지 않았음”을 이유로 들었다. 이의를 제기하지 아니한 것은 청문관의 부적절한 임명절차에서 어떠한 손해도 발생하지 않았음을 의미한다고 본 것이다. 하급연방법원에서는 그때부터 동일한 이유로 이러한 시의적절한 이의제기를 요구하고 있다.⁸⁷⁾

적절한 시기의 이의를 제기할 것을 요구함으로써 당사자들은 법원에 소를 제기 전인 행정절차 진행 중 또는 바로 직후에 행정청에 대하여 이의를 제

⁸⁶⁾ 344 U.S. 33 (1952).

⁸⁷⁾ Craig Smith는 다음과 같은 판례를 예시로 들었다. Alliance for Cannabis Therapeutics v. DEA, 15 F.3d 1131, 1136 (D.C. Cir.1994) (“당사자들이 기록을 다시 검토하지 않은 것은 그들이 증거가 충분하다고 생각하였거나 더 이상 제시할 증거가 없었음을 말해준다”)(noting that because challengers never sought to reopen the record, “[t]heir failure to do so suggests either that they were satisfied that the evidence already presented would meet the test or that they had no further evidence to offer”), Brown Telecasters v. FCC, 289 F.2d 868, 870 (D.C. Cir. 1961) (브라운의 계속된 묵인은 손해의 개념과 불일치한다.) (“Brown's continued acquiescence in the understanding that the initial studio would be treated as available is palpably inconsistent with any notion of prejudice”), Riverbend Farms v. Madigan, 958 F.2d 1479, 1488 (9th Cir. 1992), Craig Smith 앞의 글, 1761면.

기하게 된다. 행정청에 적시에 이의제기를 하지 않게 되면 그 하자로 인한 손해가 없다거나 그 손해를 감수하겠다는 것을 의미하게 되는 것이기 때문이다.

이러한 이의제기 절차는 다음과 같은 장점이 있다.⁸⁸⁾

첫째로 행정청 스스로 자신의 하자를 시정하고 자원을 절약할 수 있게 한다. 행정청 단계에서 하자를 시정하는 것이 법원이 행정청에게 하자를 시정하게 하는 것보다 더욱 효율적이다. 국민이 적시에 이의제기를 할 수 있게 하기 위해서는 행정청은 당해 행정행위에 관하여 당사자에게 미리 통지하고 설명하여야 한다. 위 당사자는 이러한 통지를 받고 당해 행정행위에 대한 이해를 높일 수 있고 행정절차 과정에서 이의를 제기하거나 소제기를 억제할 것이다. 또한 행정청 스스로도 행정행위를 돌아보는 기회를 가질 수 있다.

둘째로 이의제기제도가 정착된다면 법원은 중대한 하자에 대한 심사에 집중할 수 있게 된다. 대부분의 국민이 행정행위의 하자를 발견 즉시 행정청에 이의를 제기하므로 법원은 하자발견 즉시 행정청에 이의를 제기하지 않았던 당사자의 경우 진실로 손해를 입지 않았을 것이라고 의심하게 된다. 또한 사전에 행정청에 이의를 제기하게 함으로서 사소한 하자 및 그로 인한 손해의 경우 행정절차 과정에서 해결되고 그 과정에서 해결되지 않은 중대한 하자만이 사법심사의 대상이 된다. 법원 또한 사전에 이의를 제기하였던 당사자가 소송에서 주장하는 하자에 관하여는 더욱 진지하게 검토하게 된다.

세 번째로, 시의적절한 이의제기 및 이에 대한 행정청의 대응은 원고가 사법심사를 원하였는지를 법원이 간파할 수 있게 한다. 원고의 이의제기는 신호를 보낸다는 데에서 가치가 있다

국민의 이의제기에 행정청이 충실히 대응한다면, 사법심사에서 법원은 하자가 발생한 당시의 상황을 알 수 있고 행정청이 국민에게 충분한 의견제시 기회를 주었다는 행정청의 주장에 힘이 실리게 된다. 이렇듯 이의제기에 충실히 대응한 행정청은 사법심사에서 유리한 지위를 갖게 되는 것이다.

⁸⁸⁾ Craig Smith, Taking "Due Account" of the APA's Prejudicial Error, 96 Va. L. Rev. 1727 2010, 1761-1763면.

VI. 소결론

미국행정절차법 제706조에 손해 없는 하자 원칙에 관한 규정이 있고 미국 법원도 행정소송에 있어 손해 없는 하자 원칙을 적용하고 있다. 손해 없는 하자 원칙의 대표적인 미국 대법원 판결인 신세기 대 샌더스 판결에서 손해 없는 하자 원칙을 적용함에 있어 하자의 성질과 구체적인 사안의 특성에 맞게 유연하게 하자로 인하여 손해가 발생하였는지를 판단하라고 하고 있다.

미국법원은 위 원칙을 행정사건에 적용함에 있어 실체하자와 절차하자를 분리하여 실체하자에는 결과에 근거한 심사방법을, 절차하자에는 기록에 근거한 심사방법을 사용하는 경향이 있다. 그러나 이러한 경향이 있을 뿐 손해 없는 하자 원칙에 관한 심사방법에는 일관성이 부족하여 법규성을 해치고, 국민의 예측가능성, 사법신뢰를 저하 시킨다. 이에 Craig Smith는 실체하자 와 절차하자를 분리하여 판단할 것을 제안하면서 특히 절차하자에 관하여 기여에 근거한 심사방법이라는 새로운 심사방법을 제안한다.

이 심사방법은 기록에 근거한 심사방법을 바탕으로 하되, 당사자가 절차하자로 인하여 행정절차과정에서 의견을 제출할 기회를 박탈당했는지, 국민의 의견제시 권한 침해 여부를 손해발생의 기준으로 삼기 때문에 민주주의 실현에 한발 다가선 심사방법이라 생각된다. 다만, 실제로 그 당사자가 의견을 제출하려고 하였던 것을 입증하기 어려우므로 하자발생의 근접한 시각에 당사자로 하여금 행정청에 이의를 제기하였을 것을 요구한다. 이렇게 적시에 이의제기를 하지 않은 당사자의 경우 추후 행정소송을 제기하더라도 하자발생 당시에 손해가 없었기 때문에 이의를 제기하지 않았던 것으로 의제되어 불리한 위치에 있게 되는 것이다.

Craig Smith는 이러한 시의적절한 이의제기가 정착된다면 사소한 하자는 행정청 단계에서 행정청 스스로가 즉시 시정할 수 있어 행정소송이 감소하고 사법심사과정에서는 중대한 하자에 관하여 집중할 수 있으므로 자원절약의 효과가 있다고 한다.

이러한 이의제기 절차를 위해서는 행정행위가 완성 이전에 그 상대방에게

행정청의 충실한 사전설명 내지 통지가 필수적으로 보인다. 또한 국민의 이의제기에 충실히 대응할 수 있는 행정청 내의 시스템이 구축되어야 할 것이다. 시의적절한 이의제기를 활성화 한다면 행정청의 인력 및 시간의 투자가 더욱 필요할 것이다.

한편으로는 불리한 행정행위가 발하여진 경우 그 당사자는 하자가 없음에도 추후 발생할 행정소송에서 불리하지 않기 위하여 이유 없는 이의제기를 남발할 가능성도 있다.

따라서 사전통지 및 설명, 이의제기의 방법 및 그 처리에 관한 정형화된 매뉴얼을 구축하여 이의제기를 처리하는 자체에 행정청이 너무 많은 시간과 노력을 낭비하지 않도록 해야 할 것이다.

현행 행정절차법 제21조에서도 당사자에게 불리한 처분을 하는 경우 처분의 내용 및 법적 근거와 의견제출을 할 수 있다는 뜻 등을 사전에 통지하도록 되어 있다. 또한 모든 처분⁸⁹⁾에 앞서 처분의 이유 제시를 하도록 되어 있다. 이로서 이미 우리법상으로는 적시에 이의제시를 할 수 있는 기반이 되는 행정청의 사전절차가 마련되어 있다고 볼 수 있다. 그러므로 우리법원도 당사자가 사전통지 이후 행정청에 절차하자에 관하여 이의제기를 하였었는지 여부를 절차하자의 위법성 판단에 있어 한 요소로 활용할 수 있을 것이다.

⁸⁹⁾ 다만 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 경우, 단순 반증적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우, 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우는 제외한다(행정절차법 제23조).

제4장 우리법상 절차상 하자 있는 행정행위의 효과와 손해 없는 하자 원칙의 시사점

제1절 행정절차 및 그 하자의 의미

I. 행정절차의 개념

행정절차는 광의로 행정작용을 행함에 있어 거치는 행정입법절차, 행정상 재결 등이 포함되나, 협의의 행정절차는 행정청이 공권력을 행사하여 행정에 관한 결정을 하면서 요구되는 외부와의 교섭과정을 의미하고 통설은 행정절차를 협의로 파악한다.⁹⁰⁾ 행정절차법 제3조 제1항에서는 행정처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 행정지도의 절차를 행정절차라고 규정하고 있고 행정절차법은 일반법으로서 행정절차에 전반에 관하여 규정하고 있다⁹¹⁾.

II. 행정절차 및 절차적 통제의 의미

행정절차는 행정활동에의 이해관계인의 참여를 보장하여 그 이해관계를 조정 통합함으로써 민주주의를 실현하고 행정의 공정성 투명성 확보하여 법치주의의 결함 보충한다. 또한 전문, 기술화된 행정에서의 행정 운영의 통일적 기준을 제공함으로써 행정이 간소화되고 비용절감이 절감되어 행정의 능률성을 높일 수 있다.

행정행위에 대한 절차적 통제를 함으로써 행정 스스로의 통제 단계에서는 이해관계인을 참여시켜 행정의 투명성 및 행정결정의 정당성을 확보하고 사법심사단계에서는 행정작용의 일련의 과정의 적법성을 검토하도록 하여 실

⁹⁰⁾ 김동희, 행정법 I, 박영사 2017, 375면.

⁹¹⁾ 개별법으로 국가공무원 법 제13조 제2항 소청심사를 할 때 소청인에게 진술의 기회를 부여하여야 한다. 고 규정하고 있다.

체적 심사의 어려움을 극복 가능하게 하며 행정의 자율성 을 존중하게 한다.

III. 행정절차 하자의 위법성 인정에 관한 논의

1. 논의의 출발

현행 행정절차법에서 행정행위의 절차 전반에 대하여 규율하고 있음에도 절차상 하자가 있는 경우 그 하자만을 이유로 취소가능한지에 대한 규정이 없다. 행정행위에 하자가 있는 경우에는 무효 또는 취소를 하는 것이 원칙이지만 위와 같은 명시적인 법령의 부재로 절차적 하자만을 원인으로 그 행정행위를 무효화 하거나 취소 할 수 있을 것인지가 논쟁이 되고 있다. 특히 기속행위의 경우 행정행위를 취소한 이후에도 다시 동일한 절차를 거쳐 동일한 이유로 동일한 행정행위를 하게 되는 경우 같은 행위를 반복하게 된다. 위와 같은 행정행위의 취소는 소송경제에 반하는 것이므로 절차하자 있는 행정행위를 독립적으로 취소할 수 있게 하는 것은 행정능률성을 해칠 수 있다는 것이 그 논의의 시발점이다. 이러한 논의는 다음에서 보는바와 같이 독일법에서 비롯되었다.

2. 독일법 상의 행정절차 하자에 관한 논의

독일은 행정소송을 주관적 공권의 행사로 이해하는 경향이 크고 이러한 행정법의 주관화를 민주주의의 불완전성에 대한 보완책 중 하나로 여긴다. 또한 전통적으로 행정은 ‘법적권력’이 아니라 법치국가의 통제의 대상이 되는 ‘사실적 권력’으로 여겼기 때문에 행정행위에 의한 결과를 중시하고 그 과정인 절차는 중시하지 않는 경향이 있다.⁹²⁾

독일은 행정절차법을 제정하여 1977년부터 시행하고 있는데, 연방행정절차

⁹²⁾ 박정훈, 행정법연구2 행정소송의 구조와 기능, 박영사, p560, 성은영, 절차하자의 법적 효과에 대한 소고, 현대공법이론의 제문제 : 천봉석종현박사 화갑기념논문집, 삼영사, 2003, 1092면.

법 제46조는 행정절차법 제44조에 따라 무효가 아닌 행정행위에 대하여 절차, 형식 또는 지역적 관할에 관한 규정을 위반하여 행하여진 경우 “실체적 결정에 있어 다른 결정이 내려질 수 없었던 경우에는(wenn keine andere Entscheidung in der Sache hatte) 절차, 형식 및 관할에 관한 규정을 위반하였다”는 사유만으로는 행정행위의 폐지(Aufhebung)를 청구할 수 없다고 규정하고 있었다. 이에 대하여 “실체적 결정에 있어 다른 결정이 내려질 수 없었던 경우”가 어떠한 경우인지에 관한 여러 견해 대립이 있었다.⁹³⁾

위 조항의 제정이유에서는 기속행위의 경우에만 위 조항이 적용된다고 하였는데⁹⁴⁾, 이에 동조하는 견해는 기속행위를 제외한 대부분의 경우에는 위와 같은 형식상의 하자를 이유로 행정행위의 취소가 가능하다고 하여 위 규정의 적용범위를 넓히려 하였다. 한편, 기속 행위와 재량 행위를 떠나서 구체적인 유형에 따라 “다른 결정이 내려질 수 없었던 경우”인지를 살펴야 한다는 견해도 존재하였다.⁹⁵⁾ 이 견해는 재량행위라고 할지라도 절차적 하자가 실체적 결정에 영향을 미치지 아니하여 다른 결정이 내려질 가능성이 없었던 경우에는 당해 행정행위의 폐지할 수 없다고 한다. 즉 절차규정 보다는 실체적 결정을 중시하는 견해이다.

이러한 학설대립의 해결을 위하여 1996. 9.경 제정된 독일의 승인절차촉진법에 의하여 위 규정은 절차, 형식, 관할에 관한 규정의 위반이 당해 결정에 대하여 “실체적으로 영향을 미치지 않았음이 명백한 때는 그 폐지를 청구할 수 없다”는 내용으로 개정되어 절차적 하자를 이유로 하는 폐지청구의 배제 사유가 더욱 넓어졌다⁹⁶⁾. 이에 대하여는 절차의 신속화를 위해 절차적 통제를 완화하였는데, 수소법원은 절차적 위법성 뿐 아니라 실체적 위법성이 있는 지까지 심사하여 절차규정의 위반과 실체적 위법성 사이의 인과관계여부에 관한 판단을 하여야 하므로 절차규정의 중요성이 감소하였으며⁹⁷⁾ 관계인의

93) 최송화 행정재량의 절차적 통제, 서울대학교 법학, 제39권, 1998. 8. 93면.

94) 성은영 앞의 글 1096면.

95) 김동희 절차상 하자있는 행정행위의 효력-독일연방행정절차법 제46조를 중심으로 하여-, 서울대학교 법학연구소, 법학, 1996, 행정법 I, 박영사, 2016, 412면.

96) 홍준형, 행정법, 법문사, 2011, 410면.

폐지청구권을 제한하였다⁹⁸⁾는 평가가 있다.

3. 현대 사회에서의 행정절차 하자의 의의

한편 현대 사회에 있어 행정이 다양화, 복잡화, 전문화, 기술화 되어감에 따라 실체적 내용의 적법여부 판단이 어려운 경우에 절차적 통제의 중요성이 대두되고 있다. 또한 행정절차하자를 이유로 무효나 취소를 인정하지 아니하게 되면 행정청으로 하여금 절차를 경시하여 국민의 절차참여권을 무시하게 되는 효과가 발생하게 되므로 절차상 하자의 중요성과 관련하여 독자적 위법성을 인정해야 하는 것은 아닌지 논의의 필요성이 있다.

제2절 국내 학설

행정행위의 절차상의 하자가 당해 행위의 독자적 취소사유로 되는 지에 관하여 많은 학자⁹⁹⁾들이 적극설, 소극설로 분류하고 있으나 이 논문에서는 더 구체적인 분류를 시도하고자 한다.

I. 소극설¹⁰⁰⁾

실체적 하자가 없는 이상 절차적 하자만으로는 처분이 위법하지 않다는 견해이다. 절차규정은 행정결정 확보 수단에 불과하고¹⁰¹⁾, 동일행위의 반복

97) 최송화 행정재량의 절차적 통제, 서울대학교 법학, 제39권, 1998. 8, 93면.

98) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2016, 413면.

99) 하명호, 절차상 하자있는 행정행위의 효력 법학 1996, 34면, 김유환 “행정절차하자의 법적 효과 : 유형론과 절차적 권리의 관점에서의 검토”, 한국공법 이론의 새로운 전개, 삼지원(2005), 73면.

100) 정하중, 행정법개론, 법문사, 2016, 391면.

101) 김동희, 행정법 1 박영사, 2016, 412면 독일 연방행정절차법이 취하는 입장이라고 한다.

은 행정능률 및 소송경제상 바람직하지 않다는 것을 논거로 한다.

II. 절충설

기속행위와 재량행위를 구분하여 기속행위의 경우 절차상 하자만을 이유로 이를 취소할 수 없다는 입장이다¹⁰²⁾.

1설) 재량행위에 있어서 행정청은 절차위반을 이유로 취소된 이후 다른 처분을 할 수도 있으므로 절차상의 위법사유가 독자적 위법사유가 된다. 따라서 기속행위의 경우만 절차하자를 독자적 위법사유를 볼 것인지 문제가 된다고 기술하는 입장이다. 다만 소극설과 적극설 중 입장을 분명히 표하고 있지 않다.¹⁰³⁾

2설) 기속행위의 경우 절차적 하자가 실체 판단에 영향을 미칠 수 없으므로 절차의 하자가 독립된 위법사유가 아니고 재량행위의 경우 절차의 하자가 실체 판단에 영향을 미칠 수 있는 경우에 한하여 독립된 위법사유가 된다는 견해이다. 독일이나 프랑스법이 이러한 입장이다.¹⁰⁴⁾

III. 적극설¹⁰⁵⁾

우리나라의 통설로 절차하자가 존재하면 실체하자의 존부와 관련 없이 무효, 취소사유가 된다는 입장이다. 적법절차는 절차규제가 담보되어야 이루어

102) 홍준형 교수는 처분을 재량처분과 기속처분으로 나누어 기속처분의 경우 절차의 흠만으로는 위법하지 않다는 견해를 소극설로 분류한다. 홍준형, 행정법, 법문사, 2011, 407면.

103) 김동희, 행정법 1 박영사, 2016, 412면, 절차상 하자있는 행정행위의 효력 법학 1996, 34면.

104) 박균성 행정법론 (상), 박영사, 2015, 652면, 김남진 행정절차상의 하자의 효과 고시연구 1997년 2월호, 30면.

105) 박균성 행정법론 (상), 박영사, 2015, 김연태, 김남진, 행정법 I, 법문사, 2016, 462면, 홍정선 행정법원론(상), 박영사, 2016, 594면, 김철용, 행정법 제5판, 고시계사, 2016, 324면, 김성수, 일반행정법, 홍문사, 2014, 602면, 류지태·박종수, 행정법신론, (주)박영사, 2011, 464면.

지고 기속행위의 경우에도 절차 하자를 이유로 취소된 이후에 사실판단, 포섭, 부관 등에서 다른 결정 가능 하다는 것을 논거로 한다. 다만, 절차하자만을 이유로 취소하는 경우 법원이 실체적 판단을 회피하여 행정청으로 하여금 실체적 하자가 있는 행정행위를 또 다시 행하게 할 수 있는 우려가 있다(이에 대하여 처분의 실체적 위법성을 당사자가 중점적으로 다투고 있는 경우에는 절차, 실체 하자 모두를 이유로 처분을 취소하여 최소판결의 기속력이 절차, 실체 부분 모두에 미치도록 하여야 한다는 견해가 있다).

IV. 유형별 고찰설

1설) 행정절차를 목적이나 태양에 따라 세분화하여 하자의 법적효과에 관하여 고찰하자는 입장이다. 즉, 행정절차가 지향하는 행정작용(행정처분, 신고, 행정계획, 행정입법)에 따라, 행정절차의 내용(청문, 의견제출, 문서열람, 이유부기)에 따라, 절차하자의 정도(절차자체를 결한 것인지 공정성을 결한 것인지)에 따라 달리 판단하자는 견해이다.¹⁰⁶⁾ 관계법이 당사자에게 절차적 권리를 부여한 경우 주요절차로서 독립적인 무효·취소 원인이 되고 절차적 권리와 무관한 부수적 절차에 하자가 있는 경우 실체적 권리 침해하였을 때만 무효 또는 취소할 수 있으며 경미한 절차하자인 경우 독립위법성 없다는 견해이다.

2설) 이 견해는 원칙적으로 법률에서 명문의 규정으로 행정절차를 거칠 것을 강제하는 경우 또는 행정절차를 거칠 의무가 헌법상 기본권이나 적법절차요청으로부터 도출되는 경우는 위법하여 취소가능하고 한다. 특히 행정절차법상 행정절차를 실시하도록 규정하고 있는 경우 위법한 처분이라고 보아야 한다는 견해이다.¹⁰⁷⁾

106) 김유환, “행정절차하자의 법적 효과 : 유형론과 절차적 권리의 관점에서의 검토”, 한국공법이론의 새로운 전개, 삼지원(2005), 73면.

107) 홍준형, 행정법, 법문사, 2011, 410면.

제3절 우리나라 판례에 관한 분석

I. 판례 분석의 방법

미국법상 손해 없는 하자 원칙 하에서 미국 법원은 통상 절차상의 하자로 인하여 당사자가 행정청에게 의견을 제시할 수 없어 의견이 행정기록에 추가되지 못하는 경우 손해가 있다고 판단하였고 손해발생은 이를 주장하는 자가 입증해야 한다고 하였다. 다만 중대한 절차상의 하자가 있는 경우에는 손해가 발생한 것으로 일응 추정되고 손해가 발생하지 않았음을 행정청이 입증해야 한다고 판단하였다. Craig Smith는 이와 같은 심사방법을 기록에 근거한 심사방법이라고 명하면서 이에서 발전된 방식으로 기여에 근거한 심사방법을 주장하였다. 이는 당사자의 행정절차에의 참여권이 침해되었는지를 손해발생의 기준으로 삼아야한다는 심사방법이다.

우리나라 학설 중에는 행정절차를 목적이나 태양에 따라 세분화하여 당사자의 실체적 권리를 침해하였을 때만 그 위법성이 있다는 유형적 고찰설이 위 손해 없는 하자 원칙과 유사하다. 이에 행정행위의 절차상 하자과 관련된 다양한 우리나라 판례를 소개하고 손해 없는 하자 원칙의 관점에서 검토한 뒤 우리법원이 어떠한 기준에서 절차 하자의 위법성을 판단을 하였는지 분석하고자 한다.

II. 사전통지 및 청문절차 등의 하자가 있는 경우

1. 사전통지

행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우 당사자에게 처분의 제목, 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적근거, 의견제출할 수 있다는 뜻, 의견제출기관, 의견제출 기한 등을 당사자에게 통지하여야 한다(행정절차법 제

21조 제1, 2항). 상대방 등에게 처분을 사전에 통지하고 청문 등을 위한 준비기간을 부여하여 주는 것이다. 다만, 행정절차법 제21조 제4항의 각호¹⁰⁸⁾에 해당하는 경우 통지를 생략할 수 있다.

침해적인 행정행위에 대하여 사전통지와 청문은 필수적이다. 이에 대하여 대법원은 행정처분의 사유에 대하여 당사자에게 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여함으로써 위법사유의 시정가능성을 고려하고 처분의 신중과 적정을 기하려는 데 그 취지가 있다고 하였다(대법원 2004.07.08. 선고 2002두8350 판결).

2. 청문

행정절차법 상의 청문은 “행정청이 어떠한 처분을 하기 전에 당사자들의 의견을 직접 듣고 증거를 종합하는 절차”를 말한다(행정절차법 제2조 제7호). 또한 넓은 의미의 청문에는 “행정청이 어떠한 행정작용을 하기 전에 당사자들이 의견을 제시하는 절차”로서 의견제출을 포함한다. 의견제출은 당사자들이 행정청에게 의견을 밝히는 일방적 구조라면 청문은 당사자등과 행정청간의 상호 의견을 주고받는 쌍방적 관계라고 할 수 있다. 그리고 의견제출은 구술 또는 서면 기타 방법으로 행해질수 있지만 청문은 반드시 구두절차로 행하여 져야 한다. 따라서 의견제출은 약식 의견청취이고 청문은 정식의 의견청취제도라고 할 수 있다. 한편 의견제출 절차는 모든 불이익한 처분에 관하여 인정되나 청문의 경우 다른 법령 등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있거나 행정청이 필요하다고 인정하는 경우에 한하여 행해지도록 되어 있어 그 실시의 폭이 좁다.¹⁰⁹⁾

108) 1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우 2. 법령 등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우3. 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우.

109) 최송화, 행정재량의 절차적 통제, 서울대학교 법학, 제39권, 1998. 8. 84-85

가. 의견제출

행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다(행정절차법 제22조 제3항). 당사자 등은 처분 전에 그 처분의 관할 행정청에 서면이나 말로 또는 정보통신망을 이용하여 의견제출을 할 수 있다(행정절차법 제27조). 행정청은 처분을 할 때에 당사자 등이 제출한 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 반영하여야 한다(행정절차법 제27조의 2). 다만, 행정절차법 제21조 제4항의 각호110)에 해당하는 경우와 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우 이를 생략할 수 있다.

나. 청문

정식의 청문절차를 의미하는 것으로 법령에 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우나 행정청이 필요하다고 인정하는 경우 실시한다(행정절차법 제22조 제1항). 행정청은 청문실시 10일 전까지 당사자 등에게 당해 처분에 관한 사전통지를 하면서 청문의 주재자, 일시 및 장소 등에 관하여 통지하여야 한다(행정절차법 제21조 제2항).

다. 공청회

공청회란 행정청이 공개적인 토론을 통하여 어떠한 행정작용에 대하여 당사자등, 전문지식과 경험을 가진 사람, 그 밖의 일반인으로부터 의견을 널리 수렴하는 절차(행정절차법 제2조 제6호)를 의미한다.

3. 개별법령상의 공람·공고, 사전통지 등

행정절차법상의 청문과 별개로 개별 법령에서 공람·공고, 사전통지를 규정한 경우가 있다. 폐기물처리시설과 관련된 입지선정위원회는 입지선정에 앞서 입지타당성조사결과의 공람·공고절차를 거쳐야한다¹¹¹⁾. 국토의 계획

면.

¹¹⁰⁾ 위 각주 100 참조.

및 이용에 관한 법률에 의하면 광역도시계획의 경우 공청회¹¹²⁾를 거치고 계획안을 공람·공고하여야한다.¹¹³⁾ 이 역시 이해관계인의 의견제출을 위한 것으로서 넓은 의미의 청문에 해당한다.

이러한 공고 및 공람절차는 다수의 국민에게 영향을 미치는 행정행위를 함에 있어 이해관계인으로 하여금 의견을 제출할 기회를 부여하여 지역 주민 등 다수 이해관계인의 의사를 반영하고 상호간의 이익을 조정함으로써 국민의 권리에 대한 부당한 침해를 방지하고 행정의 민주화와 신뢰를 확보하는데 그 목적이 있다(대법원 2002. 5. 28. 선고 2001두8469 판결 등 참조).

4. 절차상 위법을 이유로 취소한 사례

가. 청문서 또는 징계회부통지의 도달기간을 준수하지 않은 경우

대법원은 청문서 도달기간인 7일¹¹⁴⁾을 준수하지 아니한 채 청문일로부터 5일 전에야 발송한 경우(대법원 1992. 02. 11. 선고 91누11575 판결), 청문일을 1988. 4. 11.로 정하고도 원고들에게 그 달 6.에서야 청문서를 발송한 경우(대법원 1991. 7. 9. 선고 91누971 판결) 청문절차가 위법하여 당해 행정행위가 위법하다고 판시하였다. 또한 취업규칙에 피징계자에게 징계위원회의 개최일시 및 장소를 일정한 기간의 여유를 두고 통지하도록 규정하고 있는 경우 이는 징계의 객관성과 공정성을 확보하기 위한 것이므로 그 절차를 위반하여 한 징계처분은 효력이 없다고 하였고(대법원 1993. 7. 16. 선고 92다55251 판결, 대법원 1995. 10. 13. 선고 95누6434 판결 등 참조), 단체협약에 규정된 대로 징계개최일 3일 전에 징계회부통보를 하지 아니하고 2일 전에 원고에게 이를 통보한 경우 징계절차에 있어 흠이 있다하였다¹¹⁵⁾(대법원 1995. 10. 13. 선고 95누6434 판결).

111) 폐기물처리시설 설치 촉진 및 주변지역지원 등에 관한 법률 제9조 제6항

112) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제14조

113) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제16조 제4항

114) 식품위생법시행령 제37조 제1항.

115) 다만 이 두 사례의 경우 원고가 이에 대하여 이의를 하지 아니하고 충분한 진술기회를 부여받았으므로 그 징계절차의 하자의 치유를 인정하였다.

나. 청문을 생략한 경우

대법원은 행정청이 침해적 행정행위 시 청문을 생략한 경우 당해 행정행위를 위법하다고 판단하였다(구 주택건설촉진법(2002. 12. 30. 법률 제6582호로 개정되기 전의 것) 제48조의2 제6호에 따른 청문을 실시하지 않은 채 주택조합의 설립인가를 취소한 경우(대법원 2007. 11. 16. 선고 2005두15700 판결)).

그런데 청문절차가 생략된 사건의 경우에 주로 행정절차법 제22조 제4항의 청문을 생략하여도 되는 예외규정에 해당하는지가 문제가 된다. 이에 대하여 대법원은 유기장업허가 취소 처분¹¹⁶⁾을 함에 있어서 두 차례에 걸쳐 발송한 청문통지서가 모두 반송되어 온 경우 행정절차법 제21조 제4항 제3호에 정한 청문을 실시하지 않아도 되는 예외사유에 해당한다고 단정하여 당사자가 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 거치지 않고 이루어진 처분은 위법하다고 하였다. (대법원 2001. 4. 13. 선고 2000두3337 판결).

사전통지 및 의견제출기회를 제공하지 아니한 것과 관련하여 유희시설조성사업협약해지및사업시행자지정 거부처분취소와 관련하여 도시계획사업의 시행과 관련한 협약을 체결하면서 청문의 실시 등 의견청취절차를 배제하는 조항을 둔 경우¹¹⁷⁾ (대법원 2004. 7. 8. 선고 2002두8350 판결), 지하수개발·이용신고수리처분을 취소하고 원상복구명령을 발한 처분에 대하여 행정지도방식에 의한 사전고지나 그에 따른 원고의 자진 폐공의 약속을 한 경우(대법원 2000. 11. 14. 선고 99두5870 판결), 의사인 원고가 허위진단서를 작성·교부한 혐의로 기소유예처분을 받았으므로 위 원고에게 의사면허자격정지처분이 있을 것임을 사전통지하자 원고가 검찰청에 기소유예처분을 재고하여 줄 것을 요청하여 예정된 청문절차를 진행하지 않은 채 원고에 대한 의사면허자격정지처분을 보류하였고 그 이후에 행정청이 원고에 대한 사전통지와 청문을 거치지 아니하고 의사면허자격정지처분을 한 경우(대법원

116) 구 공중위생법(1999. 2. 8. 법률 제5839호 공중위생관리법 부칙 제2조로 폐지).

117) 위와 같은 협약의 체결로 청문의 실시에 관한 규정의 적용을 배제할 수 있다고 볼 만한 법령상의 규정이 없는 한 위법하다는 취지이다.

2004. 3. 12. 선고 2002두7517 판결), 공사중지명령에 대하여 사전통지 및 의견제출기회를 준다면 많은 액수의 손실보상금을 기대하여 공사를 강행할 우려가 있다는 사정(대법원 2004. 5. 28. 선고 2004두1254 판결) 모두 사전통지 및 의견제출절차의 예외사유에 해당하지 아니한다고 판시하였다.

또한 건물의 무단용도변경에 관하여 공무원이 현장조사 전에 전화로 통지 후 현장조사 시 시정명령이 나갈 것이고 이를 이행하지 않으면 이행강제금이 부과될 것이라고 설명한 다음 위반경위에 관한 질문, 답변을 듣고 현장조사 다음 날 처분을 한 경우 ‘공무원이 위 현장조사에 앞서 전화로 통지한 것은 행정조사의 통지이지 처분에 대한 사전통지로 볼 수 없다. 그리고 위 공무원이 현장조사 당시 위반경위에 관하여 의견진술기회를 부여하였다 하더라도, 이 사건 처분이 현장조사 바로 다음 날 이루어진 사정에 비추어 보면, 의견제출에 필요한 상당한 기간을 고려하여 의견제출기한이 부여되었다고 보기도 어렵다. 그리고 현장조사에서 원고가 위반사실을 시인하였다거나 위반경위를 진술하였다는 사정만으로는 행정절차법 제21조 제4항 제3호가 정한 ‘의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우’로서 처분의 사전통지를 하지 아니하여도 되는 경우에 해당한다고 볼 수도 없다면서 위 시정명령은 위법하다고 하였다(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두41811 판결).

다. 공고·공람을 생략한 경우

시장 또는 군수가 신청한 당초의 도시관리계획안을 변경하려는 경우에, 변경된 도시관리계획안에 대하여는 주민의견청취를 위한 공고·열람 절차가 이루어지지 않은 하자가 있어 위법하고, 이에 기초한 피고 보령시장의 위 지형도면 승인·고시 처분 역시 위법하다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2013두9649 판결)고 하였고 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012두11164 판결도 같은 취지이다.

라. 공고·공람 내용이 부실한 경우

행정청이 토지를 관통하여 도로를 설치하는 것 등을 내용으로 하는 도시

계획안을 입안하면서 공고를 하였으나 개별 도로의 신설·변경 여부나 그 위치·면적 등과 같은 최소한의 기본적인 사항을 밝히지 아니한 경우 도시계획결정은 그 공람공고 절차상의 하자로 인하여 위법하다(대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768 판결)고 판시하였다.

5. 적법하다고 판단한 사례

서울고등법원은 종전의 침해적 처분의 통지를 기업의 대표자 개인에게 한 이후 상대방을 기업으로 정정한 경우 처분의 내용과 처분사유가 동일하여 실질적으로 기업에 대하여 사전통지 및 청문절차를 거친 것으로 볼 수 있을 뿐만 아니라, 종전 처분에 관한 의견을 진술하고 변명하고 유리한 자료를 제출하는 등의 방어 기회 제공을 충분히 가졌다고 보아 위법성을 부정하였고(서울고등법원 2012. 7. 26. 선고 2011누38904 판결). 대법원은 원고의 상고를 기각하였다(대법원 2013. 1. 10. 선고 2012두21758 판결). 폐기물시설설치에 관한 관련 법령에 의한 입지선정위원회의 입지선정에 앞서 공람·공고 절차나 지역주민의 의견제출 절차를 거친 이후에 입지선정위원회가 재조사결과에 대하여 다시 공람·공고 절차를 거치지 않은 경우라도 위법하지 않다고 판단하였다(대법원 2002. 5. 28. 선고 2001두8469 판결). 위 관련 법령이 전문연구기관의 입지타당성조사결과를 공람·공고토록 하고 주민의 의견이 있을 경우 이를 제출할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 주민의 의견제출이 있다 하여 반드시 전문연구기관에 재조사를 의뢰하여야 한다거나 그 재조사결과에 대하여 다시 공람·공고 절차를 거쳐야 하는 것으로는 규정하고 있지 아니하고, 전문연구기관의 당초의 입지타당성조사결과나 재조사결과 모두가 특정 지역에 쓰레기매립장을 설치하는 것이 타당하다는 결론에 있어서 차이가 없어 재조사결과에 관하여 지역주민들 사이에 새로운 이해관계가 발생하지도 않았기 때문이다.

6. 검토

사전통지와 청문, 공람·공고절차는 당사자의 권익을 보호하고 행정행위에 대한 시정가능성을 열어준다는 측면에서 매우 중요하다. 따라서 우리 법원은 사전통지의 도달기간을 엄격하게 해석하고 당사자와 별도로 청문을 배제하는 협약을 체결하거나 행정지도 방식의 사전고지가 있었다는 등의 사정이 있더라도 청문을 생략한 것은 위법하다고 판시하였다. 행정절차법 제21조 제4항의 청문을 생략할 수 있는 사유를 좁게 해석한 것이다. 또한 개별법령상의 공람·공고절차의 생략 또는 그 내용이 부실한 경우 역시 위법하다고 판단하였다.

이렇게 중요한 절차 일지라도 그 목적은 행정행위의 상대방의 방어 기회를 보장하기 위한 것이므로 우리법원은 침해적 처분의 통지를 기업의 대표자 개인으로 한 이후 상대방을 기업으로 정정한 경우는 청문의 목적을 달성 가능하였다고 보아 위법성을 부인하였다.

손해 없는 하자 원칙을 적용하는 경우 사전통지의 도달기간을 어기고 청문 및 공람·공고절차를 생략하는 행위는 중대한 절차 위반에 해당하여 그 자체로 손해가 발생한다고 판단할 수 있을 것이다. 다만 공람·공고 절차의 내용이 부실한 경우에는 손해 없는 하자 원칙에 의하면 구체적인 사안에 따라 부실한 내용의 정도가 당사자의 행정예의 참여권, 의견제출기회를 박탈할 정도가 아니라면 손해가 없다고 판단될 것이다.

또한 행정행위 상대방인 기업이 아닌 대표자 개인에게 통지를 잘못된 경우에도 실제로 기업은 당해 행정행위에 관하여 다룰 수 있었으므로 손해가 발생하지 않았다고 보아 위법성이 부인될 것이다.

II. 이유제시 절차의 하자가 있는 경우

1. 이유제시의 의의

행정청은 행정절차법 제23조 제1항의 각항의 경우¹¹⁸⁾를 제외하고는 처분

¹¹⁸⁾ 1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우 2. 단순·반복적인 처분

을 할 때 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다(행정절차법 제23조 제1항). 이로서 행정청의 자의적 처분을 방지하고 상대방에게 당해 처분의 내용을 설명하고 설득하며 상대방은 이를 근거로 쟁송단계에서 당해 행정처분에 관하여 다툴 수 있다. 앞서 본 사전통지는 침익적인 행정행위에서 요구되는 것임에 반하여 이유제시는 원칙적으로 모든 처분에 해당한다. 이유제시는 행정청이 스스로 신중하게 행정작용을 함으로써 자기통제를 하게하고, 처분의 당사자에게 그 처분에 관하여 다툴 수 있는 기회를 부여하며, 이해관계인들이 처분의 내용을 충분히 이해할 수 있도록 하며 그 행정결정을 명확하게 한다.¹¹⁹⁾

다만 행정절차법에서는 이유제시의 방식과 관련하여 아무 규정이 없다. 따라서 서면으로 이유제시를 하여야 하는지 구술로 가능한지에 관하여 다툴 수 있다. 또한 행정절차법에서는 이유제시의 시기와 이유제시의 정도에 대한 규정 또한 없다. 따라서 이러한 쟁점과 관련하여, 특히 이유제시의 정도(구체성)와 관련하여 그 위법성을 판단하는 기준이 무엇인지 검토할 필요성이 있다.

2. 이유제시 위법을 이유로 취소한 사례

가. 근거법령 및 그에 해당하는 사실관계가 기재되지 않은 경우¹²⁰⁾

1) 주류판매업 면허를 취소함에 있어 행정청이 그 근거가 되는 법령 등이나 구체적인 위반사실에 대하여는 아무런 적시를 하지 않은 경우¹²¹⁾ 위법하다고 판시하였다(대법원 1987. 5. 26. 선고 86누788 판결).

2) “공공기관의 정보공개에 관한 법률(정보공개법)에 따른 정보공개청구에

또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우 3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우.

119) 하명호, 이유제시의무와 이유제시의 정도 - 대법원 판례를 중심으로 - , 고려대학교, 안암법학, 25호, 2007, 333면- 365면.

120) 이하 판례의 분류는 하명호 앞의 글을 따랐다.

121) 단순히 "귀사의 주류 판매업 면허를 1984. 4. 23.자로 취소하였기에 통지합니다."라고 기재된 통지서의 발송하였다.

대한 거부처분에 있어서 어느 부분이 어떠한 법익 또는 기본권과 충돌되어 정보공개법 제7조 제1항 몇 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하는지를 주장·입증하지 않고 개괄적인 사유만을 들어 공개를 거부하는 것은 허용되지 아니한다는 취지로 일련의 판결을 선고하였다(대법원 2003. 12. 11. 선고 2001두8827 판결, 대법원 2004. 9. 23. 선고 2003두1370 판결). 수사기록에 대한 정보공개와 관련하여서도 그 “요구받은 공공기관이 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 몇 호 소정의 비공개사유에 해당하는지를 주장·입증하지 아니한 채 수사기록 전부에 대하여 개괄적인 사유만을 들어 그 공개를 거부할 수” 없다(대법원 2004. 9. 23. 선고 2003두1370 판결)고 하였다.

나. 근거법령은 기재되었으나 사실관계가 기재되지 않은 경우

기재된 근거법령에 포섭될 수 있는 사실관계가 다양하여 그 적시만으로는 당해 처분의 근거법령에 포섭된 사실관계를 알 수 없는 사안 경우¹²²⁾ 사실관계를 기재하지 않은 이유 제시는 위법하다고 판시하였다 (대법원 1985. 7. 10. 선고 82누551 판결).

다. 근거법령이나 사실관계가 기재되어 있기는 하나 부실하게 기재되어 있는 경우

특히 제재적 행정처분의 경우 위반사실의 주체, 시기, 장소 등을 명확히 기재하여야 처분이 상대방의 불복할 권리가 보장되는바 대법원은 '일반주류도매업면허취소통지에 의하면 "상기 주류도매장은 무면허 주류판매업자에게

¹²²⁾ '피고의 이 사건 허가취소처분통보에는 비료관리법 제14조 제1호 및 제3호에 의하여 이 사건 비료생산업허가를 취소한다고 되어 있어 법령의 적시가 있을 뿐 그 법령에 해당하는 사실의 적시가 없는 바, 위 법 제14조 제3호에는 1년 이상 그 영업을 휴업한 때라고 규정하고 있어 위 법령의 적시만으로도 그 법령에 해당하는 사실을 알 수 있으나 위 법 제14조 제1호에는 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때라고 규정하고 있어 위 법령의 적시만으로써는 그 법령에 해당하는 사실을 알 수 없다 할 것이니 위 법 제14조 제1호에 의하여 이 사건 허가를 취소한다 함은 하자있는 처분으로서 취소를 면할 수 없다 할 것이다'고 판시하였다.

주류를 판매하여 주세법 제11조 및 국세법 사무처리규정 제26조에 의거 지정 조건위반으로 주류판매 면허를 취소합니다."라고만 되어 있어서 기록에 나타난 원고의 영업기간과 거래상대방 등에 비추어 그 정도의 사실적시만으로는 원고가 어떠한 거래행위로 인하여 이 사건 처분을 받았는지를 알 수 없다 할 것이므로 원심이 같은 취지에서 이 사건 면허취소처분이 위법하다고 판단한 것은 정당하다(대법원 1990. 9. 11. 선고 90누1786 판결)'고 판시하였다.

3. 적법하다고 판단한 사례

가. 근거법령은 제시되었고 사실관계는 제시되지 않았으나 사실관계가 명료한 경우

사립학교법 제20조의2 제2항은 "제1항의 규정에 의한 취임승인의 취소는 관할청이 당해 학교법인에게 그 사유를 들어 시정을 요구한 날로부터 15일이 경과하여도 이에 응하지 아니한 경우에 한한다."고 규정하고 있으므로, 관할청으로서는 임원취임승인취소처분의 처분서에 임원들의 위법·부담사항을 적시하는 것 외에 그에 대한 시정요구를 학교법인이 위 기간 내에 응하지 아니하였다는 점까지를 기재하였어야 함이 마땅하나, 처분서에 같은 법 제20조의2의 규정을 적시하는 것만으로도 "시정요구의 불응" 사실을 알 수 있을 뿐만 아니라 처분서에 임원취임승인취소사유가 구체적으로 적시되어 있었다면 임원취임승인취소처분의 처분사유가 충분히 특정되었다고 봄이 상당하다(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001두7138 판결)'고 판시하였다.

나. 사실관계는 기재되었으나, 근거법령이 기재되지 않았으나 상대방이 처분사유와 근거를 알 수 있었던 경우

대법원은 행정청이 타고 출장을 이유로 징계처분을 하면서 그 징계의결서에 적용법조를 따로 명시하지 아니한 사안에서, '위 징계의결서에는 그 이유에서 적용법조를 따로 명시하지 않았지만 징계사유로 된 사실관계와 이에

해당되는 의무위반의 사유가 무엇인지를 인식할 수 있을 정도로는 기재된 것으로 보아 그 형식에 하자가 있는 것으로 볼 수 없다(대법원 1993. 9. 10. 선고 93누5741 판결)고 한 원심의 판단은 정당하다고 판시하였다.

다. 근거법령이나 사실관계가 부실하게 기재되어 있었으나 당사자가 이를 알 수 있었던 경우

1) 앞서 본 주류판매 면허를 취소 사례(대법원 1990. 9. 11. 선고 90누1786 판결)에서는 제재처분의 대상이 된 행위를 추상적으로 기재하였다는 이유로 그 처분이 위법하다는 취지로 판시하였다. 그러나 거부처분의 상대방이 그 처분 사유 또는 법령의 근거를 알았거나 알 수 있었던 경우에는 이러한 부실한 기재는 취소사유가 되지 않는다고 하였다. 즉 원고가 도시계획법 제21조, 도시계획법 시행령 제20조 제1항 제2호에 의하여 개발제한구역의 지정목적에 지장이 없다고 하여 토지형질변경허가신청을 하였고, 이에 대하여 피고는 원고가 별채허가를 득한 내용대로 조립을 하여야 한다는 이유로 불허하였음이 분명하므로, 피고인 행정청이 원고의 요청에 대한 회신을 함에 있어 '도시계획법'이라고만 하였을 뿐 '도시계획법 시행령 제20조'를 명시하지 아니하였더라도 원고로서는 이 사건 임야를 이용하기 위한 원고의 신청이 개발제한구역의 지정목적에 현저히 지장을 초래하는 것이라는 이유로 도시계획법 시행령 제20조 제1항 제2호에 따라 불허된 것임을 알 수 있었으므로 그 처분 자체를 위법하다고 할 수 없다고 판시하였다(대법원 2002. 5. 17. 선고 2000두8912 판결).

2) 청문절차에 출석하여 당해 처분의 기초가 된 사실관계, 처분사유 등을 알 수 있었던 경우에는 그 이유제시가 부실하더라도 위법하지 않다고 하였다. 처분서면인 경영개선계획에 대한 불승인 결정의 통지서에는 금산법 제10조 및 상호저축은행업 감독규정 제17조의8에 의하여 원고가 제출한 경영개선계획을 불승인한다고 되어 있을 뿐 그 불승인사유에 관하여 구체적으로 설명하는 내용의 기재가 없었던 사안에서, 위 감독규정 제17조의8 제6항의 불승인 사유는 하나이고 원고가 처분 전에 이루어진 경영평가위원회 회의에

직접 참석하여 경영개선계획에 관한 의견을 개진하여 자신이 제출한 경영개선계획의 타당성이 인정되지 않아 불승인된 것임을 충분히 알 수 있었다 할 것이고 원고가 위 경영개선계획의 타당성을 주장하면서 불복하는 데에 별다른 지장을 초래하였다고 보이지 않는다는 취지로 판시 하였다(대법원 2006. 7. 28. 선고 2004두3380 판결). 대법원 2006. 7. 28. 선고 2004두13219 판결, 대법원 2016. 11. 9. 선고 2016두45578 판결 역시 유사한 취지로 판시 하였다.

3) 지방공무원법 제67조 제1항에서 임용권자가 공무원에 대하여 징계처분하게 된 처분사유설명서를 피처분자에게 교부하도록 규정하고 있는 것은 그 행정처분이 정당한 이유에 의하여 한 것이라는 것을 분명히 하고 또 피처분자로 하여금 불복이 있는 경우에 출소의 기회를 부여하는데 그 범의가 있다고 할 것이므로 그 처분사유설명서의 교부를 처분의 효력발생요건이라고 할 수 없을 뿐만 아니라 직권에 의한 면직처분을 한 경우 그 인사발령통지서에 처분사유에 대한 구체적인 적시 없이 단순히 당해 처분의 법적 근거를 제시하는 내용을 기재한 데 그친 것이더라도 그러한 기재는 위 법조 소정의 처분사유설명서로 볼 수 있다고 할 것이다 (대법원 1970.1.27. 선고 68누10 판결; 1967.7.11. 선고 67누73 판결 등 참조).

이 사건의 경우 원고들의 임용권자인 부산직할시 지하철분부장은 원고들에 대하여 각 직권면직처분을 하면서 “ 지방공무원법 제62조 제1항 제3호의 규정에 의하여 그 직을 면함”이라고 명시하고 있으므로 이러한 기재는 위 법조 소정의 처분사유설명서라고 볼 수 있다고 할 것이니 같은 사실인정과 판단을 한 원심판결은 정당하고 거기에 논지와 같은 처분사유설명서 교부에 관한 사실오인, 심리미진 또는 법리오해의 위법이 있다 할 수 없다. 논지는 이유 없다(대법원 1991. 12. 24. 선고 90누1007 판결) 대법원 2014. 10. 30. 선고 2012두25552 정직처분취소 등 판결도 동일한 취지이다.

4. 검토

어떠한 방법으로 이유제시를 해야 하는지에 관하여 법령상 명시적인 규정이 없으나 대법원은 근거법령 및 해당 사실관계를 명시하는 것을 적법한 이유제시 방법의 기준으로 삼고 있는 것으로 보인다. 다만, 대법원은 근거 법령 또는 사실관계 중 어느 하나를 적시하지 아니하거나 부실하게 적시한 경우에도 당사자가 이를 알고 있었다면 위법하지 않다고 판단하여 처분의 이유에 관하여 알 수 있었는지를 위법성의 기준으로 삼고 있는 것으로 보인다.

그러나 법원이 이유제시의 위법성에 관한 판단에 있어 체계적이고 구체적인 기준을 제시하여 법령의 공백을 보충하는 것이 필요하다. 또한 행정청에게 당해 이유제시에 하자가 있으나 이유제시의 취지에 비추어 이를 이유로 당해 행정행위를 취소할 만큼 위법하지 않는 것인지 또는 하자 자체가 없어서 적법한 것인지를 명시하여 행정청으로 하여금 장래에 있어 하자 없는 행정행위를 할 것을 독려할 필요가 있다.

손해 없는 하자 원칙을 적용하여 보건대 근거법령 또는 사실관계 중 어느 하나를 적시하지 아니하거나 부실하게 적시한 경우에 당해 행정행위에 하자가 있다고 볼 수 있다. 다만 이 중 당사자가 당해 행정행위의 이유에 관하여 충분히 이해할 수 있었던 경우라면 위 당사자의 알권리, 이의를 제기할 권리, 행정예의 참여권이 침해되었다고 보기 어려워 하자는 있으나 손해가 발생하지 않았다고 판단할 수 있을 것이다.

III. 처분기간을 준수하지 않은 경우

1. 처분기간의 의의

행정절차법 제19조 제1항에는 “행정청은 신청인의 편의를 위하여 처분의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표하여야 한다.”고 규정하고 있고 그밖에 다른 법률에서 별도로 행정청의 처분기간을 규정하고 있는 경우가 많다.

이러한 처분기간은, 행정청으로 하여금 행정업무를 신속하게 처리하여 당사자의 법률관계의 불안정성을 신속하게 해소해 주는 역할을 한다. 한편, 당

해 사안이 간단하지 않고 다른 유관기관의 협조나 자문, 구체적인 조사가 필요한 경우에는 처분의 적정성을 담보하기 위해 행정청에게 당해 사안을 심사할 일정한 기간이 필요하다. 즉 처분의 신속성과 적절성의 조화가 필요하다. 따라서 법률에 명시된 처분기간을 도과하여 행정처분을 한 경우 항상 위법한지가 문제가 된다.

2. 처분기간을 도과하였으나 적법하다고 판단한 사례

가. “주택건설촉진법시행령(1994. 12. 23. 대통령령 제14447호로 개정되기 전의 것) 제32조의2 제2항, 제3항의 규정에 의하면 주택건설사업계획의 승인 여부는 정당한 사유가 없는 한 신청수리 후 60일(관계 기관의 장과의 협의 기간 30일을 포함) 내에 결정하도록 되어 있지만, 위 규정은 가능한 한 조속히 그 승인사무를 처리하도록 정한 훈시규정에 불과할 뿐 강행규정이나 효력규정이라고 할 수는 없으므로, 피고가 위 기간을 경과하여 이 사건 거부처분을 하였다고 해 서 그 거부처분이 위법하다고 할 수는 없다”고 하였다(대법원 1996. 8. 20. 선고 95누10877 판결).

나. 대전고등법원 2008. 1. 24. 선고 2007누1659 판결22에서는 주택법 제17조 제3항에서 규정하고 있는 처리기간 30일의 법적 성질이 문제 되었는데, 법원은 위 대법원 1996. 8. 20. 선고 95누10877 판결을 인용하여 주택법 제17조 제3항의 처리기간은 행정기관이 가능한 한 조속히 그 사무를 처리하도록 정한 훈시규정에 불과할 뿐 강행규정이나 효력규정이라고 할 수 없으므로 그 기간을 도과하였다고 하여 그것 때문에 처분이 위법하다고 볼 수 없다고 판시하였다. 이 판결은 상고가 기각되어 대법원에서 확정되었다(대법원 2008. 6. 12. 선고 2008두3760 판결).

다. “(납부의무자에 대한) 대상사업의 고지는 (···) 15일 이내에 하여야 한다.”고 규정한 (舊)개발이익환수에 관한 법률 시행령 제20조의2 및 같은 법 시행규칙 제15조의2(대법원 2006. 6. 9. 선고 2004 두46 판결21), “3개월 이내에 개발부담금을 결정·부과하여야 한다.”고 규정한 (舊)개발이익환수법 제14조 제1항(대법원 2005. 7. 14. 선고 2003다35635 판결22), “30일 이내에

부담금 납부의무자에게 (...)을 통지하여야 한다.”고 규정한 (舊)택지소유상한에 관한 법률 제27조 제2항 및 동법 시행령 제31조 제 1항(대법원 1997. 6. 27. 선고 97누4852 판결)의 기간을 도과한 경우도 역시 위법하지 않다고 판결하였다.

3. 검토

행정청은 신속성과 실체적 타당성을 모두 달성하여야 하지만 사안에 따라 실체적 타당성과 적정성을 신속성보다 우선시 할 수도 있다고 보아야한다. 우리법원도 그러한 입장에서 행정청이 법률에 규정된 처분기간을 도과하여 행정처분을 한 경우라도 위 사안의 경우 위법성을 인정하지 않은 것으로 보인다. 우리법원은 각 법률의 목적과 행정처분의 본질 등에 비추어 행정처분이 부당하게 지연되었는지를 개별적 사안에 따라 판단하였다.¹²³⁾

손해 없는 하자 원칙을 적용하는 경우 위 I의 2.가.항과 같이 당사자의 실체적 권리 보장과 관련된 청문서의 도달기간과 같은 기간의 도과는 중대한 절차상 하자로서 손해가 발생하였다고 볼 것이다. 그러나 통상의 처분기간의 경우 행정행위의 신속성을 주된 목적으로 하고 있고 행정청이 한정된 자원으로 수많은 행정행위를 하는 만큼, 처분기간을 지나치게 엄격하게 해석하는 것은 행정의 능률 및 자원의 효율적 이용에 반한다. 따라서 손해 없는 하자 원칙을 적용하더라도 처분기간을 지나치게 도과하여 당사자가 위 처분에 관하여 다룰 수 있는 권리가 부당하게 침해되었다는 경우가 아니라면 손해가 발생하였음을 인정하기 어려울 것으로 보인다.

IV. 환경영향평가 상의 하자

¹²³⁾ 개별 법령에 근거한 처분기간도 원칙적으로 주의규정 또는 훈시규정으로 보는 것이 타당하다는 견해 이원우, 김동희, 행정법 I 제19판(Exhibit RA-143), 389, 390쪽, 홍정선, 행정법원론(상) 제21판(Exhibit RA138), 1,098, 1,099쪽, 장태주, 행정법개론 제9판, 법문사, 2011, 467쪽.

1. 환경영향평가의 의의

환경영향평가법 제2조 제1호에서는 환경영향평가란 환경에 영향을 미치는 실시계획 · 시행계획 등의 허가 인가 승인 면허 또는 결정 등을 할때 해당 사업이 환경에 미치는 영향을 미리 조사 예측 평가하여 해로운 환경영향을 피하거나 제거 또는 감소시킬 수 있는 방안을 마련하는 것이라고 정의하고 있다. 환경과 관련된 피해는 피해범위가 넓고 특정하기 어려울 뿐만 아니라 불가역적이므로 환경에 미칠 영향을 미리 조사하여 행정계획, 개발사업 등이 환경에 미칠 부정적 영향을 예방하고 최소화할 필요가 있으므로 이러한 제도를 마련한 것이다. 또한 환경영향평가 과정에 주민 등이 참여하게 함으로써 민주주의를 실현하고 건강하고 쾌적한 환경을 조성함과 동시에 지속가능한 개발할 수 있다.

이러한 환경영향평가는 환경에 관한 영향을 조사, 분석함으로서 특정사업을 허용할 것인지를 결정하는 근거가 되는 사전적 절차로서 비독립적 행정 절차이다.¹²⁴⁾

2. 환경영향평가법 규정

사업자는 환경영향평가서 초안을 작성하여 주민 등의 의견을 수렴하여야 한다.¹²⁵⁾ 승인기관의 장은 대상사업의 승인 등을 하거나 대상사업을 확정하기 이전에 환경부장관과 협의를 요청해야하고¹²⁶⁾ 사업자나 승인기관의 장은 환경부장관의 협의 내용을 통보받았을 때에는 그 내용을 해당 사업계획 등에 반영하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.¹²⁷⁾ 승인기관의 장은 사업계획 등에 대하여 승인 등을 하려면 협의 내용이 사업계획 등에 반영되었는지

124) 정영철, “행정행위하자론에서의 환경영향평가의 하자과 행정행위의 효력”, *홍익법학* 제14권 제3호, 2013, 481면 김성수, *환경관련 절차법, 보상법, 쟁송법*의 입법정책적과제, 고시계 1993년3월, 96면.

125) 환경영향평가법 제25조 제1항.

126) 환경영향평가법 제27조 제1항.

127) 환경영향평가법 제30조 제1항.

를 확인하여하고 협의 내용이 사업계획 등에 반영되지 아니한 경우에는 이를 반영하게 하여야 한다.¹²⁸⁾ 또한 사업자는 위 협의내용을 이행하여야 하고 승인기관의 장은 이를 확인하고 이를 이행하지 아니하였을 때 그 이행에 필요한 조치를 하여야 한다.¹²⁹⁾

3. 환경영향평가의 내용의 하자가 있는 경우

가. 환경영향평가를 생략한 경우

이 경우 대법원은 당해 사업의 승인 처분은 당연무효라고 판시하였다. 즉 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인 등 처분이 이루어진다면, 사전에 환경영향평가를 함에 있어 평가대상지역 주민들의 의견을 수렴하고 그 결과를 토대로 하여 환경부장관과의 협의내용을 사업계획에 미리 반영시키는 것 자체가 원천적으로 봉쇄되는바, 이렇게 되면 환경파괴를 미연에 방지하고 쾌적한 환경을 유지·조성하기 위하여 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없게 되는 결과를 초래할 뿐만 아니라 환경영향평가대상지역 안의 주민들의 직접적이고 개별적인 이익을 근본적으로 침해하게 되므로, 이러한 행정처분의 하자는 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이고 객관적으로도 명백한 것이라고 하지 않을 수 없어, 이와 같은 행정처분은 당연무효라고 판시하였다 (대법원 2006. 6. 30. 선고 2005두14363 판결).

나. 환경영향평가의 내용이 부실한 경우

새만금간척종합개발사업과 관련하여 환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도, 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상, 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법성이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 됨에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당

¹²⁸⁾ 환경영향평가법 제30조 제2항.

¹²⁹⁾ 환경영향평가법 제35조 제1항, 제39조 제1항, 제40조 제1항.

연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니라고 판시하였다(대법원 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결). 농림부장관이 환경영향평가서를 작성함에 있어서 수질예측시 내부 간척지에 발생하는 오염부하량을 참작하지 않고 유역 내 인구 및 축산폐수 배출량 등을 적게 추정하여 수질예측을 한 사건에서 환경영향평가 당시에 발생한 하자를 그 후에 보완하였고, 환경영향평가서의 생태계 및 해양환경에 대한 환경영향의 저감방안이나 수질에 대한 환경영향의 저감방안을 강구하고 있으므로(대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결), 경부고속철도서울차량기지정비창건설사업실시계획승인처분취소 사건에서는 환경영향평가 과정에서 사업입지 관련 대안 검토를 하지 않았거나 침수피해 방지를 위한 구체적인 계획이 없다는 점은 법에서 규정하는 환경영향평가제도의 취지에 비추어 어느 정도 한계가 있을 수 밖에 없는 점을 고려할 때, 위 각 사례에서 그 부실정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아니라고 판단하였다(대법원 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결). 대법원은 4대강 살리기 사업 사건인 대법원 2015. 12. 10. 선고 2011두32515도 같은 취지로 판시하였다.

4. 환경영향평가의 절차상 하자가 있는 경우

가. 일부주민에 대한 의견수렴 절차를 생략한 경우

서울행정법원은 환경·교통·재해등에관한영향평가법에 의하면 환경영향평가 대상 지역 주민들로부터 의견수렴을 해야하는바, 환경영향평가 대상 지역 주민들 중 일부 주민들의 의견수렴절차를 생략한 경우 환경영향평가는 위법하며 이를 기초로 한 당해 행정처분은 취소되어야 한다고 판시하였다(서울행정법원 2010. 4. 23. 선고 2008구합29038 판결).

나. 환경부장관과 협의내용에 반하는 승인처분의 경우

이에 관하여 대법원은 국립공원 관리청이 국립공원 집단시설지구개발사업과 관련하여 그 시설물기본설계 변경승인처분을 함에 있어서 환경부장관과

의 협의를 거친 이상 환경부장관의 환경영향평가에 대한 의견에 반하는 처분을 하였다고 하여 그 처분이 위법하다고 할 수 없다고 판시하였다(대법원 2001. 7. 27. 선고 99두5092 판결). 다만 이 판례는 구 환경정책기본법이 적용된 것으로 현행 환경영향평가법에서는 환경부장관과의 협의절차 및 의견 반영절차에 관하여 승인기관에게 그 협의내용을 반영시킬 의무를 지우고 있으므로 현행법상 환경부장관의 의견에 반하는 처분을 하였을 경우 경우에 따라 위법한 처분이 될 수 있다고 보인다.¹³⁰⁾

5. 검토

환경영향평가는 당해 행정행위 절차의 일부인데, 우리 법원은 환경영향평가의 내용과 절차를 구분하여 판단한 것으로 보인다. 그 환경영향평가를 거쳐야 함에도 이를 생략한 경우는 그 하자가 중대명백하여 무효라고 판시하였고 환경영향평가의 내용상의 하자에 관하여는 그 부실정도가 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도라면 역시 무효라고 보았다. 또한 의견수렴 절차 생략 등 환경영향평가의 절차상 하자에 관하여는 취소사유라고 보았다.

손해 없는 하자 원칙을 적용하는 경우 환경영향평가가 생략된 경우는 중대한 절차 위반이므로 손해가 인정될 것이다. 일부 주민에 대하여 법령상 정해진 의견수렴절차를 거치지 않은 경우 역시 그 일부 주민의 의견제출권, 행정예의 참여권을 박탈하였으므로 손해가 인정될 것이다. 환경영향평가의 내용이 부실한 경우 중 그 내용이 환경영향평가를 하지 않은 정도와 같다면 환경영향평가를 생략한 경우와 동일하게 보아 손해가 발생하였다고 판단해야 할 것이다. 나머지의 경우 손해 없는 하자 원칙에 의한다면 당해 구체적인 사안에 비추어 국민의 절차예의 참여권, 의견제출권이 침해 당하였는지가 위법성의 기준이 될 수 있다.

환경영향평가절차는 그 자체로 방대하고 복잡하며 오랜 시간을 요하는 절

130) 정영철, 행정행위하자론에서의 환경영향평가의 하자와 행정행위의 효력, 홍익대학교, 2013, 490면.

차이다. 따라서 그 내용과 절차의 하자 있을 가능성이 높다. 한편 환경영향평가의 전제가 되는 행정행위는 통상적으로 다수의 이해가 얹혀있고 파급력이 커서 그 위법성이 인정되는 경우 미치는 영향도 크다. 따라서 환경영향평가가 위법한지 여부에 관한 일관성 있고 구체적인 기준에 관한 설시가 필요하다고 보인다.

또한 환경영향평가 중 내용이 부실한 경우 우리법원은 재량권 일탈·남용의 위법요소로 판단하는바, 환경영향평가의 하자는 행정행위의 절차상 하자임에도 이를 내용상 하자과 동일하게 취급하는 것은 행정절차의 본질과 목적, 그 취지에 어긋나고 논리적으로도 모순된다¹³¹⁾. 따라서 다른 절차하자와 마찬가지로 환경영향평가의 내용상 하자로 인하여 이해관계인의 절차에의 참여권, 반론권 등이 침해되었는지를 기준으로 위법성을 판단하여야 할 것이다.

V. 손해 없는 하자 원칙과 우리판례에 관한 분석

우리법원은 행정절차상 하자가 있는 경우 근거 법령상의 동일한 종류의 하자일지라도 각 사안의 구체적인 사실관계 및 당해 절차의 취지에 비추어 위법성에 관한 결론을 달리 내렸다. 신세기 대 샌더스의 판결에서 절차상 하자의 종류, 각 사례의 구체적인 사정을 고려하여 유연하게 그 하자로 인하여 손해가 발생하여 위법한지를 심사하여야 한다고 판시한 것과 같은 맥락이다.

이와 같은 위법성 판단에 있어 우리법원은 크게 i) 법령에 규정된 행정절차를 생략한 것인지, ii) 행정절차의 하자로 당사자의 알권리, 절차참여권 및 반론권 등의 권리가 침해되었는지, iii) 하자 있는 절차가 규정된 법령이 당해 행정행위의 근거 법령인지, 관련 법령인지, iv) 재량권 일탈·남용이 있는지를 그 위법성 판단의 기준으로 삼고 있는 것으로 보인다.

i)과 관련하여 법령에 정해진 청문절차를 생략한 경우(위 I. 2의 나.항), 이유제시를 하지 않은 경우(위 II.2의 가.항), 환경영향평가를 생략한 경우

¹³¹⁾ 정영철, 행정행위하자론에서의 환경영향평가의 하자와 행정행위의 효력, 홍익법학 제14권 제3호, 2013, 494면.

(위 IV. 3의 가항)는 위법성을 인정하였다.

ii)와 관련하여 사전통지를 기업이 아닌 기업 대표개인에게 잘못된 경우 당사자의 방어의 기회가 충분히 보장되었다는 이유로 위법성을 부인하였다(위 I. 3항). 또한 이유제시의 내용이 부실한 경우 중 당사자가 이유를 알았거나 알 수 있었기 때문에 당해 행정행위에 관하여 다룰 수 있었던 경우(II의 3항)는 위법하지 않다고 하였다¹³²⁾.

iii)과 관련하여서 대법원은 4대강 살리기 사업 중 한강 부분에 관한 하천 공사시행계획 등을 수립하면서 국가재정법상 예비타당성조사를 실시하지 아니하였다고 하더라도 국가재정법령에 규정된 예비타당성조사는 하천공사시행계획 및 각 실시계획승인처분과 형식상 전혀 별개의 행정계획인 예산의 편성을 위한 절차일 뿐 그 근거법규 자체에서 규정한 절차가 아니므로, 예비타당성조사를 실시하지 아니한 하자는 원칙적으로 예산 자체의 하자일 뿐, 그로써 곧바로 위 처분의 하자가 된다고 할 수 없다고 하였다(대법원 2015. 12. 10. 선고 2011두32515 사건)¹³³⁾.

iv)와 관련하여 환경영향평가절차의 내용상 하자가 있는 경우 부실의 정도가 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 요소로 그칠 뿐이라고 판시하였다(위 IV의 3. 나항).

우리법원은 개개의 사건에서 절차하자의 위법성에 관하여 판단하고 있을 뿐 손해 없는 하자 원칙과 같이 개개의 행정절차하자 전반을 아우르는 일반적인 기준을 제시한 바는 없다. 그러나 위에서 분석한 바에 의하면 절차상

¹³²⁾ 다만 이유제시에 관한 판례는 이유제시에 하자가 있으나 적법한 것인지 하자가 없어서 적법한 것인지에 관한 판단은 하지 않고 있다.

¹³³⁾ 위 처분에 있어 구 하천법에서 요구하는 타당성이나 사업성 등에 관한 이익형량을 전혀 하지 아니하거나 그에 관한 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 그에 관한 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에 해당한다고 볼 수 있는 구체적 사정이 있고, 그로 인하여 이 사건 사업에 이익형량의 하자가 있다고 인정될 수 있는 때에는, 위 처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하다고 평가할 수 있을 것이라고 판시하였다(위와 같은 판결).

하자가 있는 경우에 당사자의 절차참여권 및 방어권 등의 권리를 침해하였는지를 기준{앞의 ii) 기준}으로 삼는 판례가 많은 것을 보인다. 이는 미국 법의 손해 없는 하자 원칙 중 당사자의 참여권을 중시하는 ‘기여에 근거한 사법심사’와 유사하다.

그러나 우리법원은 행정절차의 하자가 있으나 당사자의 권리에 영향이 없어 적법한 경우와 행정절차의 하자 자체가 없어 적법한 경우를 명확히 구분하고 있지 않다(위 II의 3항, III의 2항 경우). 법원은 이 경우 하자의 유무에 관하여 명시할 필요가 있다. 어떠한 절차상의 하자가 있는지 명시를 하여야 행정청은 그 이후 행정행위를 할 때 동일하게 하자 있는 행정행위를 반복하지 않게 될 것이기 때문이다. 특히 이유제시와 같이 법령에 그 내용과 방법에 관하여 구체적인 규정이 없는 경우는 더욱 그러하다. 법원으로서 적법한 이유제시에 관한 상세한 기준을 제시하고 이에 어긋나는 이유제시에 관하여 하자가 있음을 선언하되, 당사자의 권리에 영향이 없어 위법하지 않다는 취지로 판시하여 사법심사에 대한 예측가능성 및 사법신뢰 형성에 이바지해야 할 것이다.

한편 환경영향평가 중 내용이 부실한 경우 우리법원은 재량권 일탈·남용의 위법요소로 판단하는바, 환경영향평가의 하자는 행정행위의 절차상 하자임에도 이를 내용상 하자와 동일하게 취급하는 것은 행정절차의 본질과 목적, 그 취지에 어긋나고 논리적으로도 모순된다¹³⁴⁾. 따라서 다른 절차하자와 마찬가지로 환경영향평가의 내용상 하자로 인하여 이해관계인의 절차에의 참여권, 반론권 등이 침해되었는지를 기준으로 위법성을 판단하여야 할 것이다.

¹³⁴⁾ 정영철, 행정행위하자론에서의 환경영향평가의 하자와 행정행위의 효력, 홍익법학 제14권 제3호, 2013, 494면.

제5장 결 어

행정절차상 하자의 독립취소 가능성과 관련하여 동일한 행정행위의 반복으로 인한 자원 손실, 행정의 효율성이라는 가치와 헌법상의 적법절차원칙, 국민의 권리구제, 행정청에 대한 견제라는 가치가 대립한다. 현행법에는 절차하자의 독립취소가능성에 관하여 명시적 규정이 없기 때문에 절차하자가 있는 행정행위의 효력에 관하여 견해의 대립이 있다.

또한 우리나라의 대다수 학설은 미국에서는 적법절차원칙을 중시하기 때문에 행정절차의 하자만을 이유로 그 위법성을 인정한다고 소개하고 있다. 그러나 미국 대법원 신세기 대 샌더스 판결에서 행정소송에 ‘손해 없는 하자 원칙(harmless error rule)’을 적용하여 사안의 구체적인 내용 및 당해 행정절차의 취지 및 그 성격 등을 검토한 뒤 유연한 방법으로 행정절차의 하자에 관하여 판단하여야 한다고 판시하였다. 또한 미국법원은 사소한 행정절차의 하자가 있는 경우에는 원고적격을 인정하지 않거나 본안판단 과정에서 그 위법성을 부인한다. 미국행정절차법 제706조에서 손해 없는 하자 원칙을 규정하고 있는바 이 원칙하에서는 주로 행정절차의 하자로 인하여 당사자가 그 절차에 참여할 권리를 침해당하였는지를 손해 발생의 기준으로 삼는다.

우리법원은 절차하자만을 이유로 행정행위의 무효 또는 취소를 인정하고 있다. 한편 우리법원은 흠결 있는 행정절차가 당해 법률이 아니라 관계 법령에 있는 경우 또는 당사자의 행정절차에의 참여권, 반론권 등을 침해하지 아니한 경우에는 위법성을 부인하기도 한다. 또한 환경영향평가절차의 내용상의 하자의 경우 재량의 일탈·남용판단의 한 요소로 삼기도 한다.

우리법원도 손해 없는 하자 원칙을 적용한 미국법원과 마찬가지로 각각의 사안의 구체적인 사정 및 행정절차의 종류 등에 따라 유연하게 행정절차하자의 위법성에 대하여 판단하였다. 또한 일부 판결은 당사자의 행정절차에의 참여권 침해를 위법성 판단의 요소로 삼았는바, 이 역시 손해 없는 하자 원칙의 내용과 일맥상통한다.

그러나 우리법원은 아직까지 하자가 있으나 적법한 경우와 하자가 없기

때문에 적법한 경우를 명확히 구분하고 있지 않다. 또한 미국의 손해 없는 하자 원칙과 같은 행정절차하자 전반의 위법성에 관한 일정한 기준을 세우지 못하고 있다. 현행법령에 행정절차의 하자에 관한 효과가 규정되어 있지 아니하므로 우리법원은 손해 없는 하자 원칙과 같은 일정한 원칙을 세워 이를 보충하는 것이 필요하다. 또한 행정절차의 하자가 있는지 여부 또한 명확히 하여야 할 것이다. 이러한 노력은 행정청으로 하여금 하자 없는 행정행위를 하도록 독려하고 법적안정성 및 사법에 대한 예측가능성을 높이게 될 것이다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김남진·김연태, 행정법 I 20판, 법문사, 2016.
- 김동희, 행정법 I 제22판, (주) 박영사, 2016.
- 김성수, 일반행정법(행정법이론의 헌법적 원리) 제7판, 홍문사, 2014.
- 김철용, 행정법 제5판, 고시계사, 2016.
- 류지태·박종수, 행정법신론 제15판, (주) 박영사, 2011.
- 박균성, 행정법론(상) 제14판, (주) 박영사, 2015.
- 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2008.
- 이상규, 행정소송법 신정판, 법문사, 2000.
- 장태주, 행정법개론 제9판, 법문사, 2011.
- 정하늘, 미국법해설, (주) 박영사, 2011.
- 정하중, 행정법개론 제10판, 법문사, 2016.
- 홍정선, 행정법원론(상) 제24판, (주) 박영사, 2016.
- 홍준형, 행정법, 법문사, 2011.

2. 개별논문

- 김광수, “미국 행정소송과 원고적격-법적 권리에서 사실상의 손상(injury in fact)으로, 행정법연구 39, 행정법이론실무학회, 2014, 89면-113면.
- 김동국, 2015년 일반행정 분야 주요 판례, 특별법연구 13권, 사법발전재단, 2016, 535면-579면.
- 김동희, 절차상 하자있는 행정행위의 효력-독일연방행정절차법 제46조를 중심으로 하여-, 법학 37권2호, 33면-58면, 1996.

- 김성배, 최근(2013-2014) 미국 행정판례의 동향 및 분석 연구, 행정판례연구 19-2, 박영사, 2014, 229면-276면.
- 김성배, 미국 행정법상 이유제시의 문제와 그 정도-행정절차법과 판례를 중심으로, 법학논고 54, 2016. 1면-32면.
- 김용찬, 폐기물처리시설의 입지선정위원회가 주민의 의견이 반영된 전문연구기관의 재조사결과에 관하여 새로이 공람·공고 절차를 거치지 않고 입지를 선정한 경우, 그 입지선정이 위법한지 여부(소극), 대법원판례해설, 41호, 법원도서관, 2002, 222면-244면.
- 김유환, “행정절차하자의 법적 효과”, 법학논집 제8권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2003, 8. 131-148면.
- 김유환 “행정절차하자의 법적 효과 : 유형론과 절차적 권리의 관점에서의 검토”, 한국공법이론의 새로운 전개, 삼지원, 2005, 64면-83면
- 김은주, 행정재량과 절차적 정당성의 모색-미국에서의 이론과 법제도를 중심으로, 행정법연구 제37호, 행정법이론실무연구회, 2013, 155면-176면
- 권순형, “미국 행정소송의 기본이론들과 관련 문제들”, 재판자료;외국사법연구 논문집 105집, 법원도서관, 2004, 373면-450면.
- 성은영 “절차하자의 법적 효과에 대한 소고 현대공법이론의 제문제” 천봉석 종현 박사 기념논문집, 삼영사, 2003, 1089면-1110면.
- 이원우, “항고소송의 원고적격과 협의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개정방안”, 행정법연구 제8호, 2002, 220면-266면.
- 정남철, 동아시아 국토계획법제의 최근동향 및 주요쟁점, 저스티스, 158-3(특집호 II), 2017, 45면-72면.
- 정상기, 미국행정법에 있어서 행정행위에 대한 절차적 통제, 연세대 연세법학연구 창간호, 연세법학연구회, 1990, 229면-248면.
- 정영철, “행정행위하자론에서의 환경영향평가의 하자과 행정행위의 효력”, 홍익법학 제14권 제3호, 2013, 469면-502면.
- 정효현, “흠 있는 행정절차와 법적 효력에 관한 연구”, 아·태공법연구 10집, 아세아·태평양공법학회, 2002, 169면-194면.
- 최송화, “행정재량의 절차적 통제”, 서울대학교 법학 제39권 제2호, 1998, 71

면-102면.

3. 학위논문

백윤기, 미국 행정소송상의 엄격심사원리(The Hard Lock Doctrine)에 관한 연구-한국판례와의 비교분석을 중심으로-, 서울대학교박사학위논문, 1995.

정성언, “유럽행정법상 절차적 하자의 효과에 관한 연구”, 서울대학교 법학 석사학위논문, 2010.

장경원, “절차상 하자있는 행정행위의 법적 효과에 관한 연구-행정절차법 시행(1998. 1. 1.)과 더불어-, 서울대학교 법학석사학위논문, 1999.

추효진, 미국행정법상 ‘실질적증거심사’(substantial evidence test)에 관한연구 -행정에 대한 ‘존중’(deference)을 중심으로, 서울대학교석사학위 논문, 2013.

II. 외국문헌

1. 단행본

Beermann, Jack M, Administrative Law, Aspen, 2010.

2. 논문

Kamin, Sam, harmless error and the rights/remedies spilt, 88 Va. L. Rev. 1, 86(2002), 1-86면.

Levin, Ronald M. administrative procedure and judicial restraint, 129 Harv. L. Rev. F. 338, 2015-2016, 338-349면.

Levin, Ronald M. scope-of-review doctrine restated: an administrative law section report, 38 Admin. L. Rev, 1986, 239-292면.

- MacWilliam, Devon Hudson, More Guidance please: proving prejudicial error under the APA, Boston College Environmental Affairs Law Review, Volume 39, 2012, 55-110면.
- Merrill, Thomas W. the accardi principle, 74 Geo. Wash. L. Rev. 569, 569-70 (2006), 569면-618면.
- Pierce, Richard J. Jr., making sense of procedural injury, Admin. L. Rev. 1 2010, 1-18면
- Reinhart, James G. the rule of prejudicial error and 38 U.S.C. § 5103(a):what led to the United States Supreme Court Decision in Shinseki v. Sanders and the need for a clear standard of prejudice, 2 Veterans L. Rev. 1 2010, 1-54면.
- Smith, Craig. Taking "Due Account" of the APA's Prejudicial Error, 96 Va. L. Rev. 1727 2010, 1727-1766면.
- Vermeule, Adrian, Our Schmittian Administrative Law, 122 Harv. L. Rev. 1095 2008-2009, 1095-1150면.

Abstract

영문제목

강정연

School of Law, Administrative Law

The Graduate School

Seoul National University

There is no explicit provision in the current Administrative Procedure Act as to the possibility of cancelling administrative acts with procedural errors. There is a conflict of opinion among domestic scholars about the effect of administrative procedural errors, which is grounded on the argument in Germany that the statute explicitly stipulates the effects of administrative procedural errors.

The majority of Korean scholars explain the conflict between German theories on the effect of the administrative procedural errors in detail. Meanwhile, most scholars only give a simple explanation on the US theory, namely that the US courts grant cancellation of the administrative with procedural errors because they place more emphasis on the due process principle. However, if there are trivial procedural errors in administrative action, the US courts apply 'the harmless error rule' and hold that the petitioner lacked standing as he/she did not suffer damages or rule on the merits and state that the administrative act in question is not illegal. In these cases the US courts usually use as the basis of damages whether the

rights of the parties to participate in the proceedings were violated due to errors in the administrative procedures.

Korean courts recognize the illegality of administrative acts based solely on procedural errors, but in some cases Korean courts have stated that the administrative acts in question are not illegal despite such procedural errors. Korean courts considered the illegality of administrative procedural errors in a flexible manner according to the specific circumstances of each case and the types of administrative proceedings. Some court precedents also considered the infringement of the parties' right to participate in the administrative proceedings. This is similar to the US court precedents which have applied the harmless error rule.

However, since the current statutes do not explicitly stated whether administrative procedural errors render the administrative acts ineffective, it seems necessary that the court should establish certain standards such as the harmless error rule to supplement the statutes.

Key words :

Student Number : 2008-23112